

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Logiciel libre

Laurent, Philippe

Published in:

<http://www.droit-technologie.org>

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Laurent, P 2004, 'Logiciel libre: le droit d'auteur contre le droit d'auteur' <http://www.droit-technologie.org> .
<<http://www.droit-technologie.org>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

K.U.B.
V.A.O. in intellectuele rechten

Promoteur : Monsieur le Professeur Alain Strowel

Logiciels libres:

« Le droit d'auteur contre le droit d'auteur »

Philippe LAURENT

Année Académique 2002-2003

Introduction

Le 20 mars 2003, CISCO, le plus grand fournisseur de matériel informatique de réseau¹, annonce officiellement l'achat du groupe LINKSYS². Ce dernier est à l'origine de nombreux développements en matière de technologie de connexion sans fil³. Par l'achat de LINKSYS, CISCO confirme par conséquent sa position de « leader » en matière de commercialisation de matériel « réseau » tout en se garantissant le bénéfice de la pointe de la technologie.

En juin 2003 une rumeur se répand de *mailing list* en *mailing list* au sein de la « communauté des logiciels libres » : le matériel de LINKSYS contiendrait des programmes informatiques comprenant du code « Linux »⁴. Si tel est le cas, la société se verrait dans l'obligation de respecter la licence GPL sous laquelle le logiciel Linux est distribué : LINKSYS/CISCO devrait donc permettre la libre copie des programmes en question et en rendre les codes sources disponibles.

En juillet 2003, LINKSYS/CISCO reconnaît ses torts, et se plie aux obligations de la GLP⁵. La communauté Linux se félicite d'avoir ainsi pu faire plier l'échine à l'un des grands de l'industrie du hardware et certains de ses membres envisagent déjà de nouvelles perspectives pour les « access points » dont les codes furent « libérés ».

Le « logiciel libre » n'est plus le projet parallèle utopique d'une secte d'informaticiens marxistes en quête de perfectionnement de leur art et de la libre distribution de l'œuvre informatique. C'est une réalité économique, sociale et juridique à laquelle tous les acteurs de la scène informatique sont confrontés. Le logiciel libre se présente de plus en plus comme une alternative sérieuse au logiciel « propriétaire ». Que se soient les particuliers, les écoles, les instituts scientifiques ou les gouvernements,... tous se sensibilisent de plus en plus aux avantages qu'il présente. Le célèbre système d'exploitation « Linux » est réputé plus stable que son concurrent « propriétaire » Windows. De plus, il est disponible gratuitement (ou presque) avec son code source, ce qui permet à tout un chacun de le « débbugger » et de l'améliorer sans dépendre pour cela de la bonne volonté de son créateur.

¹ CISCO est, entre autres, réputé pour ses routeurs et sa technologie « broad band ».

Les routeurs sont des instruments de communication indispensables à la communication inter-postes en réseau : ces appareils pourraient être comparés à des aiguilleurs/traducteurs de données informatiques.

La technologie « broad band » est un nouveau système permettant d'utiliser des bandes passantes encore non-exploitées, ce qui améliore le débit d'information. L'application la plus commune de cette technologie est l'ADSL.

² «Cisco Systems Announces Agreement to Acquire The Linksys Group, Inc.», 20 mars 2003, http://newsroom.cisco.com/dlls/corp_032003.html (27 juin 2003)

³ Le « Wireless LAN » (Local Area Network) permet une connexion sans fil à un réseau.

L'application la plus marquante de cette technologie est ce qu'on pourrait appeler l'« Internet sans fil » : un bâtiment est couvert par un émetteur/récepteur wireless LAN (access point) relié à une connexion Internet « ADSL ». Une personne en possession d'un ordinateur portable muni d'une carte émettrice/réceptrice appropriée peut avoir accès à Internet à tout moment et de n'importe quel endroit, pourvu qu'elle reste dans l'espace couvert par l'access point.

⁴ KEWNEY, G., «Free Sowftware Fundation Probles Linksys», *Newswireless*, 9 juin 2003, <http://theregister.co.uk/content/69/31092.html> (27 juin 2003)

⁵ « Linksys Falls Into Line Over Alleged GPL Breach », 7 juillet 2003, <http://www.linuxworld.com/story/33804.html> (25 juillet 2003)

Gratuité, liberté de copie, accès aux codes sources (et de fait, transparence)... ces éléments sont attrayants aux yeux des utilisateurs. Cependant le mouvement du logiciel libre est également basé sur la volonté d'empêcher l'appropriation et la monopolisation des programmes informatiques. A ce niveau intervient le droit d'auteur. Si à première vue, cette branche du droit intellectuel permet de s'assurer l'exclusivité d'exploitation de ses créations originales, Richard Stallman et sa « Free Software Foundation » ont trouvé dans le droit d'auteur un moyen d'assurer et de protéger le caractère libre de leurs logiciels par le biais de licences.

C'est dans un deuxième titre que nous analyserons ce mécanisme sous l'angle du droit d'auteur. Nous verrons ainsi comment les adeptes du logiciel libre sont arrivés à "l'utilisation du droit d'auteur contre le droit d'auteur"⁶. Il existe plusieurs dizaines de type de licences s'apparentant aux licences libres. En fait, suivant l'exemple de la Free Software Foundation, différents acteurs du monde informatique ont développé leurs propres licences en fonction de leurs attentes⁷. Nous proposons de nous concentrer sur les termes de la licence libre GPL (GNU General Public Licence)⁸. Nous avons choisi cette licence pour plusieurs raisons : la GPL est proposée par la Free Software Foundation ; il s'agit de la licence la plus connue, la plus utilisée et elle concerne les logiciels libres les plus « prestigieux » (pensons au système d'exploitation Linux).

Dans un troisième titre, nous nous concentrerons sur l'aspect contractuel de la GPL. Tout d'abord, nous savons que le droit d'auteur impose certaines formalités en matière de contrat portant sur les prérogatives des auteurs. Nous aurons l'occasion de vérifier si celles-ci sont respectées par la GPL. D'autre part, s'agissant de licence de programmes informatiques à part entière, il est également intéressant d'analyser les termes de la GPL sous l'angle du droit des contrats informatiques.

Mais avant toute chose, il nous semble utile de développer les notions afférentes aux logiciels libres et d'en décrire la philosophie dans un titre premier.

⁶ STALLMAN, R., "Logiciels libres : quelles conséquences pour l'avenir?", Congrès INFOéthique 98 organisé par l'UNESCO à Monaco du 1^{er} au 3 oct. 1998,

http://www.unesco.org/webworld/infoethics_2/eng/summaries.htm#2

⁷ Pour une liste de licences disponibles, voy. Par ex. <http://www.opensource.org/licenses/>. Notez la présence de licences libres proposées par des firmes telles que SUN, IBM, ou Nokia.

⁸ Disponible sur le site GNU. Voy. <http://www.gnu.org/licenses/gpl.txt>

Voir annexes.

Table des matières

INTRODUCTION	2
TABLE DES MATIERES	4
TITRE I	
NOTIONS	7
Chapitre I. Histoire et économie des logiciels libres	8
Section 1. Genèse des logiciels libres	8
Section 2. Economie des logiciels libres	9
Chapitre II. Logiciels libres : définitions et spécificités	10
Section 1. Logiciels du domaine public, « freewares », « sharewares », « cripplewares » et logiciels libres	10
Section 2. « Open source », « copyleft » et logiciels libres	13
TITRE II	
LE SYSTEME DU « COPYLEFT » : GPL ET DROIT D'AUTEUR	16
Question préliminaire : applicabilité de la loi belge à la GPL	18
Chapitre I. Titularité du logiciel libre	20
Section 1. Définitions et critères	21
§1. Collaboration	21
§2. Œuvre dérivée (ou « composite »)	22
§3. Œuvre collective	22
Section 2. Application aux logiciels libres	23
§1. Œuvre primaire	23
§2. Evolution du logiciel	26
Chapitre II. Droits patrimoniaux	28
Section 1. Actes permis par la GPL	29
§1. Copie « verbatim » et distribution	29
§2. Modification et distribution	29
a) « Work based on the program »	30
b) Cohabitation code « propriétaire » et code GPL	31
c) Contamination par GPL : “whole which is a work based on the program”	33
d) Obligation de publier l'œuvre dérivée sous GPL : cession de droits patrimoniaux sur œuvre future ?	34
Section 2. Communication au public ?	35
Chapitre III. Droits moraux	38
§1. Droit de divulgation	38
§2. Droit de paternité	38
§3. Droit d'intégrité	39

TITRE III	
GPL ET REGLES CONTRACTUELLES	40
Chapitre I. Règles contractuelles du droit d’auteur	41
Section 1. Preuve par écrit	41
Section 2. Stricte interprétation	42
Section 3. Mentions obligatoires	42
Section 4. Formes d’exploitation inconnues	43
Section 5. Cession de droits sur des œuvres futures	43
Chapitre 2. Contrat informatique	44
Section 1. Consentement	44
§1. Utilisation du programme	45
§2. Copie, modification et redistribution	46
§3. Invalidité du contrat ?	47
Section 2. Refus de garantie et exonération de responsabilité	48
§1. Obligation de garantie contre les vices cachés	48
§2. Responsabilité du fait des produits défectueux	49
§3. Clauses abusives	50
Section 3. Disponibilité des codes sources	51
CONCLUSION	52
BIBLIOGRAPHIE	54
REMERCIEMENTS	57
ANNEXE : GENERAL PUBLIC LICENCE	58

“The enormous free-for-all, where information exists to be absorbed, processed, and appropriated by all, is threatening to those who see their business as one of controlling properties.”

John Alderman – “Sonic Boom”

Titre I

Notions

Le terme « logiciel libre » n'a pas vingt ans. Cette courte période a cependant vu le projet évoluer rapidement au gré du développement impressionnant du phénomène Internet. Le mouvement du logiciel libre a également partagé cette source de croissance avec bon nombre de mouvements parallèles. Tous ces facteurs ont tendance à faire de la notion « logiciel libre » une notion floue associée à d'autres concepts pourtant parfois forts éloignés.

Dans un premier chapitre, nous retracerons l'évolution du mouvement du logiciel libre, de sa philosophie ainsi que de son économie.

Dans un deuxième chapitre, nous définirons le logiciel libre en le distinguant d'autres types de logiciels et en soulignant les nuances qui existent entre les différents concepts qui y sont associés.

Chapitre I. Histoire et économie des logiciels libres

“Meanwhile, a long-haired revolutionary, at once the Albert Einstein of software development and the Che Guevara of software protection, spends his time “fighting for the freedom to write software” by preaching the abolition of intellectual property rights”.

Anthony Lawrence Clapes – “Softwars”

Section 1. Genèse des logiciels libres

Tous s'accordent à dire que le père du logiciel libre est Richard Stallman⁹.

Richard Stallman travailla durant les années 70 au MIT (Massachusetts Institute of Technology). Il faisait partie de l'équipe du laboratoire d'Intelligence Artificielle qui travaillait sur un programme dont le code source était accessible à d'autres universitaires et ingénieurs afin de pouvoir l'étudier, le modifier et l'améliorer.

Au milieu des années 80, Stallman et son équipe avaient amélioré le driver de leur imprimante HP. La nouvelle version du driver fut distribuée en format « propriétaire » et les membres de l'équipe se virent refuser les codes sources, ce qui les empêcha d'y apporter les modifications qu'ils avaient développées sur la version précédente. Durant la même période, les codes sources de Unix ne furent plus jamais distribués, AT&T s'appropriant ainsi l'ensemble du programme qui avait pourtant été amélioré gratuitement par ses utilisateurs.

Frustré par cette façon d'agir, et convaincu par l'idée d'échange et de développement de logiciels par tous et pour tous, Stallman démissionne du MIT et crée le projet GNU (acronyme récuratif « GNU is not Unix »), c'est-à-dire le développement d'un système d'exploitation libre. Pour ce faire, il fonde en 1985 avec les autres participants au projet, une association sans but lucratif, la Free Software Foundation.

Si Stallman en est le père, Linus Torvalds en est le parrain.

En effet, en 1991, c'est Linus Torvalds qui apportera la clé de voûte à l'édifice GNU, en offrant au projet le noyau nécessaire à la création du Système d'exploitation entièrement libre et indépendant. C'est à partir de ce moment que GNU/Linux devint une alternative aux Operating Systems (OS) classiques « propriétaires » tels que UNIX ou Windows.

Depuis lors, les programmes proposés par les membres du mouvement libre se perfectionnent (les codes sources passant d'ordinateurs à ordinateurs par le biais d'internet) et concurrencent de plus en plus les logiciels « propriétaires ». Beaucoup de mouvements parallèles se sont créés ; certains sont considérés comme plus modérés (tels que l'Association Francophone des Utilisateurs de Linux et l'Open Source Organisation), et relèguent Stallman

⁹ DI FILIPPO, E., *Les logiciels libres*, mémoire DEA de droit économique et des affaires, 1998-1999, p.11.

et la Free Software Foundation au rang d'extrémistes peu soucieux du respect de la propriété intellectuelle et de leurs concurrents, fournisseurs de logiciels « propriétaires »¹⁰. Nous préférons l'idée de « contre-culture » proposée par Paul Lambert :

*« Copyleft and Linux can also be viewed as examples of a « counter-culture » against corporations and proprietary rights ».*¹¹

A l'heure actuelle, Richard Stallman se fait connaître davantage comme un farouche opposant à la brevetabilité des logiciels.

Section 2. Economie des logiciels libres

Les informaticiens qui adhèrent au mouvement ne sont cependant pas des adeptes du sacrifice de soi... Ceux-ci poursuivent certains objectifs commerciaux en participant à l'entreprise.

Avant tout, précisons que le terme « Free » dans l'expression « free software » signifie « libre » et non « gratuit »¹². Il est clairement stipulé dans la GPL, par exemple, que le distributeur peut se faire rémunérer pour l'« acte physique de transférer une copie » (GPL art. 1). Ainsi l'on peut vendre des copies de logiciels libres. Stallman lui-même, se faisait rémunérer près de 150 \$ par bande distribuée contenant les premiers « packages GNU ». Cependant, une fois en possession d'une copie, l'acheteur peut utiliser, reproduire et redistribuer le programme autant de fois qu'il le désire. La vente de copies de programmes n'est certes pas la principale source de revenus des adeptes du libre.

L'idée sous-jacente du mouvement libre n'est pas de s'approprier les programmes informatiques afin d'en faire payer l'usage mais plutôt de se faire rémunérer sur base de services ayant trait à ces programmes (installation, customisation,...). En effet, le monde du logiciel libre est un monde d'informaticiens. Lorsque l'on parle de « libre copie » et d'accès aux sources de logiciels, il s'agit souvent de « parties de programmes » disséminées à travers l'Internet et inutilisables par le commun des mortels. Développer un « environnement » à partir de ces différentes bases requiert une personne qualifiée. De plus, une fois l'environnement créé sur un ordinateur, la maintenance ainsi que les mises à jour de cet environnement devront également être effectuées par des professionnels. Qui serait plus qualifié pour ce genre de travail que les experts en logiciels libres ?

En outre, les informaticiens se servent de leur travail sur des projets libres pour se faire une réputation, qui les aidera dans leur carrière de fournisseur de service.

Le logiciel libre est donc bien une véritable entreprise économique et non une œuvre de charité.

¹⁰ FUENTES CAMACHO, T., et DE PADIRAC, B., « Les logiciels « libres » : plus de démocratie ou d'argent dans la société de l'information ? », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998, n°4, p. 21.

¹¹ LAMBERT, P., « Copyleft, Copyright and Software IPRs: is Contract Still King? », *E.I.P.R.*, 2001, p. 167.

¹² « To understand the concept, you should think of “free” as in “free speech” not as in “free beer” », <http://www.fsf.org/philosophy/free-sw.html>.

Chapitre II. Logiciels libres : définitions et spécificités

Beaucoup de termes gravitent autour du monde des logiciels libres.

Tout d'abord, le développement d'Internet est à l'origine de l'apparition de nouvelles méthodes de distribution de logiciels basées sur des idéologies ou « business methods » différentes. Nous tenterons donc dans un premier temps de découvrir les spécificités des logiciels libres en les comparant à d'autres types de logiciels en copie libre.

Nous préciserons davantage la notion de logiciel libre en comparant ce concept à ceux auxquels il est généralement assimilé à savoir les notions d'« open source » et de « copyleft ».

Section 1. Logiciels du domaine public, « freewares », « sharewares », « cripplewares » et logiciels libres

Face aux logiciels « propriétaires » classiques distribués sous licences restrictives et généralement proposés par l'industrie « classique » de l'informatique sur supports, l'on trouve différents types de logiciels distribués sur le réseau par leurs auteurs, sans intermédiaire (éditeur), et selon des termes d'usage plus souples. Ceux-ci permettent entre autres la transmission par copies à titre gratuit et les licences d'usage de ces programmes sont gratuites. Ces logiciels en libre copie peuvent être subdivisés en plusieurs catégories dont les logiciels du domaine public, les freewares, les sharewares, les cripplewares et les semi-freewares. Les logiciels libres en font également partie. Afin de mieux cerner les spécificités de ces derniers, nous proposons de donner les principales caractéristiques des éléments de l'énumération sus-mentionnée.

- **Logiciels du domaine public :**

Parmi les logiciels en libre copie, les logiciels mis dans le domaine public sont ceux qui offrent aux utilisateurs la plus grande marche de manœuvre. Leurs auteurs « offrent » ces programmes à la communauté et renoncent à tous leurs droits¹³. Ces logiciels sont disponibles avec leur code source. Ce système de distribution permet donc à quiconque de copier le programme, de le modifier et de le redistribuer sans en demander l'autorisation

¹³ Comme le rappelle très justement Lambert, les œuvres n'entrent dans le domaine public qu'à l'expiration des droits d'auteur (minimum 70 ans). De plus, comme les droits d'auteurs s'acquièrent par la simple création de l'œuvre, sans formalité, il est également impossible de laisser une œuvre « *uncopyrighted* » comme le prétendent les auteurs voulant faire entrer leurs créations dans le domaine public avant l'expiration de leurs droits. Voy. LAMBERT, P., *op. cit.*, p.170.

Ces programmes ne sont donc pas vraiment dans le domaine public, mais leurs auteurs tentent d'en approcher les effets : « *Outside the public domain in theory, but seemingly inside in effect, are such things as open source software* », SAMUELSON, P., « Mapping the digital public domain : threats and opportunities », *Law and Contemporary Problems*, winter/spring 2003, p.149.

Nous préférons parler de renonciation totale à leurs droits.

En matière de droits inaliénables cette renonciation s'effectue « de facto ». Voy. GUILLEUX, G.A., « Freeware, shareware, crippleware : présentation et classification des logiciels en libre copie », *Droit de l'informatique et des télécoms*, n°1, 1997, p.13.

à l'auteur. Puisque l'auteur du programme originaire aura renoncé à tous ses droits, y compris à son droit d'adaptation, toute personne qui modifiera suffisamment ce programme pour que le résultat soit considéré comme une « œuvre dérivée » bénéficiera de droits d'auteur sur la nouvelle oeuvre qu'elle pourra commercialiser et distribuer comme un programme « propriétaire ».

Une variante des licences du domaine public, à la frontière entre le domaine public et le logiciel libre, est la licence BSD (Berkley Software Design). Par cette licence, l'auteur renonce à ses droits patrimoniaux mais pas à ses droits moraux¹⁴.

- **Logiciels libres :**

Les logiciels libres répondent à la même logique que les logiciels du domaine public : leurs auteurs désirent en faire profiter l'entière communauté et permettre à tout un chacun de pouvoir copier, modifier et redistribuer le logiciel sans demander d'autorisation. Les logiciels libres sont donc également disponibles avec leurs codes sources. Cependant, leurs auteurs n'ont pas l'intention de renoncer à l'entière de leurs droits. D'une part, ces derniers revendiquent leurs droits de paternité : ils estiment en effet que la récompense de leurs efforts se traduit par le gain de notoriété et de reconnaissance. D'autre part, ils sont plus soucieux de l'utilisation qui sera faite de leur création et désirent empêcher que d'autres personnes s'« approprient » leur travail en l'incorporant dans un programme « propriétaire ». Afin d'éviter ce phénomène courant dans le domaine public et de conserver la paternité de leurs œuvres, les auteurs de logiciels libres distribuent ces programmes sous des licences conçues à cette fin. La licence GPL est la plus connue parmi ces licences libres.

- **Freewares :**

Malgré leur nom, les « freewares » restreignent davantage les possibilités de leurs utilisateurs. En effet le terme « freeware » désigne une version de programme que l'auteur a laissé en libre copie. L'auteur en permet l'usage et la copie à titre gratuit. Cependant, le code source de ce programme n'est pas disponible et l'auteur se garde le droit de commercialiser des versions ultérieures du programme. Les buts de ce genre de distribution gratuite d'une première version de logiciel sont nombreux : notoriété de l'auteur, promotion du programme, essai de ce dernier et appréciation de son impact sur le marché.

- **Sharewares :**

Le « shareware » pourrait être décrit comme étant un freeware dont l'usage gratuit est à durée limitée. Si l'utilisateur est satisfait du programme et désire continuer à l'utiliser après un laps de temps déterminé, il devra s'acquitter d'une certaine somme afin d'obtenir une licence d'utilisation qui lui sera généralement fournie avec une dernière version complétée du dit programme. Si l'utilisateur ne souhaite pas lever l'option, il devra effacer

¹⁴ BAILLY, Y., « La protection juridique des logiciels libres », <http://www.droit-trechnologie.org/> (27 juillet 2003)

le programme une fois le délai expiré. La finalité directe des sharewares est commerciale, à l'inverse des autres types de programmes en libre copie analysés jusqu'à présent. De fait, les codes sources des sharewares ne sont pas divulgués.

- **Cripplewares :**

Les « cripplewares » (ou parfois appelés « trial softwares »¹⁵) sont des sharewares munis d'une mesure technique empêchant l'utilisateur de continuer à utiliser le programme au-delà de la période d'essai établie sans en payer la licence.¹⁶

- **Semi-free softwares :**

Enfin, nous terminons la liste par les « semi-free softwares », car ceux-ci ne sont gratuits que pour certains usages. En effet, le détenteur de licence n'est pas obligé d'en payer le prix s'il prouve qu'il n'utilisera le logiciel que pour des usages non-commerciaux (non-profit aims). Généralement, bénéficieront de ce traitement de faveur des étudiants, des membres de facultés ou d'autres institutions d'éducation ou encore des bibliothèques publiques. Sauf le critère de gratuité pour tous, les autres caractéristiques des Freewares s'appliquent à cette dernière catégorie.

Nous pouvons conclure cette section en donnant les quatre caractéristiques que la Free Software Foundation estime nécessaires pour qu'un programme informatique puisse être considéré comme un logiciel libre. Ces caractéristiques s'énoncent sous la forme de libertés laissées à ses utilisateurs¹⁷ :

- la liberté d'exécuter le programme pour n'importe quel usage ;
- la liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter à ses besoins, ce qui implique l'accès aux codes sources ;
- la liberté de redistribuer des copies ;
- la liberté d'améliorer le programme et de publier ses améliorations, ce qui entraîne également l'accès aux sources.

¹⁵ GROENENBOOM, M.M., « Softwares licenties : van closed source tot open source », *Computerrecht* 2002/01, p. 23.

¹⁶ Les licences sharewares et cripplewares, vu leurs spécificités, sont des sujets intéressants d'un point de vue du droit des contrats et de leur qualification. Pour davantage d'informations sur les différents logiciels en copie libre, voy. GUILLEUX, G.A., *op. cit.*, p.12 et s.

¹⁷ Voy. <http://www.fsf.org/philosophy/free-sw.html> (30 Juillet 2003)

Section 2. « Open source », « copyleft » et logiciels libres

Après avoir déterminé les caractéristiques des logiciels libres, il nous est maintenant possible d'en définir les notions satellites : « copyleft » et « open source ».

- **Copyleft :**

La notion de « copyleft » est issue d'un mouvement réactionnaire s'insurgeant contre une prétendue appropriation – monopolisation - artificielle du code informatique par le biais de la protection par « copyright ». Sous ce concept créé par Richard Stallman se cache en fait le mécanisme juridique basé sur le droit d'auteur par lequel les créateurs de logiciels libres assurent la pérennité « non-propriétaire » de leurs œuvres. En effet, Stallman eut tôt fait de remarquer qu'il valait mieux respecter les règles du jeu plutôt que d'en réclamer la révision. Ainsi, par la technique de « copyleft » les créateurs de logiciels libres se servent des droits d'auteur dont ils bénéficient pour non seulement permettre à tous d'accomplir les actes qui leur sont réservés, mais pour également s'assurer que personne ne pourra s'approprier le programme ou inclure tout ou partie de ses lignes de codes dans un programme « propriétaire ». Cette technique sera décrite dans le deuxième titre de ce travail.

- **Open Source**

L'« open source » est issu d'un mouvement parallèle à celui de la Free Software Foundation : l'Open Source Initiative s'attache davantage aux aspects pratiques et techniques des logiciels libres¹⁸ et se concentre, comme son nom l'indique, sur l'accès aux codes sources.

L'Open Source Initiative retient dix critères pour qu'une licence soit « open source »¹⁹:

1 - la licence doit prévoir la **libre redistribution** du programme qui fait partie d'une distribution d'un programme agrégé; la licence ne peut prévoir de paiement de royalties pour pareille redistribution.

2 - la licence doit prévoir **l'accès au code source** ;

3 - la licence doit garantir la liberté de pouvoir modifier et distribuer **les travaux dérivés** sous les mêmes conditions que la licence du logiciel initial ;

4 - la licence doit garantir la paternité de l'auteur et peut prévoir que les modifications du logiciel ne pourront être distribuées que sous la forme de « *patches* »²⁰ garantissant ainsi **l'intégrité du code source de l'auteur**; la licence doit expressément permettre la

¹⁸ CLEMENT-FONTAINE, M., « Copyleft/Open Source, Logiciel libre/Contenu libre : du pareil au même ? », 26 septembre 2002, http://www.boson2x.org/article.php3?id_article=49 (23 juillet 2003).

¹⁹ Voy. <http://www.opensource.org/docs/definition.html> (30 juillet 2003).

²⁰ Un patch peut être décrit comme étant un fichier exécutable dont la fonction est de modifier (mettre à jour ou corriger) un programme.

distribution des logiciels dérivés; la licence peut requérir que ces logiciels dérivés portent des noms et des numéros de versions distincts de ceux du logiciel original ;

5 - la licence ne peut **pas** permettre de **discrimination** entre personnes, groupes ou entre certains secteurs d'activités;

6 - la licence **ne peut restreindre** l'usage du logiciel **pour certains champs d'activités**;

7 - les droits transmis avec le logiciel doivent être retransmis à toute personne à qui le logiciel est redistribué; cette **redistribution** ne peut se faire sous une licence additionnelle plus restrictive ;

8 - les droits transmis avec le logiciel « open source » ne dépendent pas du fait que ce logiciel soit redistribué avec d'autres logiciels : le caractère « open source » du logiciel en question doit être conservé ; **la licence ne peut donc être spécifique à un produit, à un package ou à un réseau de distribution** ;

9 - les logiciels distribués avec celui soumis à la licence ne doivent pas nécessairement être « open source » ; en d'autres termes, l'« **open source** » **permet d'éviter la « contamination »**²¹;

10 - les termes de la licence doivent respecter le principe de **neutralité technologique**.

Si le mouvement « open source » s'apparente peut-être à celui du logiciel libre, les définitions proposées par leurs associations respectives ne sont cependant pas identiques. En fait, il apparaît que les licences libres telles que définies par la Free Software Foundation répondent aux critères érigés par l'Open Source Initiative. L'inverse n'est cependant pas toujours vrai. Il nous est donc loisible de conclure en présentant les licences libres comme étant un sous-ensemble des licences Open Source.

En pratique, l'Open Source Initiative a d'ailleurs certifié la licence GPL comme étant une licence « open source ». L'Open Source Initiative insiste en effet sur sa fonction de certification. L'OSI, ne pouvant déposer la marque descriptive « open source », a d'ailleurs déposé comme marque un symbole²² ainsi que les termes « OSI certified » afin de pouvoir identifier les programmes certifiés²³.

De plus, vu les mécanismes juridiques utilisés dans la rédaction des licences « open source », il apparaît que ces mécanismes sont largement empruntés au système de « copyleft » mis sur pied par Stallman et sa Free Software Foundation.

²¹ BOND, R., *E-licences and Software Contracts, Law, Practice and Precedents*, London, Butterworths, 2002, p. 27.

²² « C » vert tourné à 90° dans le sens des aiguilles d'une montre.

²³ Voy. http://www.opensource.org/docs/certification_mark.php (30 juillet 2003).

TABLEAU RECAPITULATIF²⁴

<u>LICENCES</u>	Gratuite (NB: nous parlons bien ici de licence et non de livraison de copie)	Distribution autorisée	Codes sources disponibles, modifiables et redistribuables.	Obligation de redistribuer le programme dérivé sous les mêmes conditions	Tout dérivé doit être « libre » (risque de contamination*)
Propriétaire					
Crippleware	X (un certain temps)	X			
Semi - freeware	X (selon l'usage fait du programme)	X			
Shareware	X (un certain temps)	X			
Freeware	X	X			
Open Source	X	X	X	X	
Logiciel Libre	X	X	X	X	X
Domaine public	X	X	X		

* Cfr. Infra Chapitre II, section 1, §2, c).

²⁴ Inspiré de GROENENBOOM, M.M., *op.cit*, p.22.

Titre II

Le système du « Copyleft » : GPL et droit d’auteur

Tout comme les livres, les logiciels sont construits sur base de certains langages et suivant des règles de grammaire et d’orthographe informatiques. Les programmeurs se servent de ces langages et de ces règles pour créer un ensemble cohérent d’informations susceptibles d’être lues ou utilisées par d’autres. Chaque programmeur a sa façon de concevoir et d’écrire le code informatique selon ses propres choix et ses stratégies.

Vu ces nombreuses analogies, l’on décida de protéger les programmes informatiques par le droit d’auteur. C’est la solution qui fut retenue par la communauté européenne : l’article 1, §1 de la directive concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur²⁵, stipule que « conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d’ordinateur par le droit d’auteur en tant qu’œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques ». Les traités internationaux ont suivi cette décision : l’article 10, al. 1 de l’accord ADPIC et l’article 4 du traité de l’OMPI du 20 décembre 1996 imposent que les programmes informatiques soient traités « en tant qu’œuvres littéraires »

Ainsi, tout programmeur bénéficie des avantages du droit d’auteur : naissance des droits au moment de la création sans aucune formalité pourvu que son œuvre soit originale et mise en forme, durée de protection de 70 ans minimum, jouissance de droits patrimoniaux (droit de reproduction²⁶, de distribution²⁷ et de communication au public²⁸) et de droits moraux. Cependant à l’inverse d’un livre, un programme informatique est une œuvre fonctionnelle : c’est un ensemble d’instructions adressées à une machine²⁹. Vu les spécificités des logiciels, il fallut opérer certaines adaptations du droit d’auteur. C’est pourquoi la directive consacre entre autres un régime d’exceptions différent ainsi que des droits moraux plus limités.

²⁵ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur, *J.O.C.E.*, 15 mai 1991, n° L 122/42.

²⁶ Article 4 a) et b) de la directive.

²⁷ Article 4 c) de la directive.

²⁸ En application de la loi générale sur le droit d’auteur (loi du 30 juin 1994).

Voy. DE VISSHER, F. et MICHAUX, B., *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 222.

²⁹ STROWEL, A., et DERCLAYE, E., *Droit d’auteur et numérique : logiciels bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 36.

Le but de ce Titre est d'appliquer les principes du droit d'auteur aux logiciels libres et d'analyser l'adéquation de la GPL à ces principes. Cette analyse sera essentiellement basée sur le droit belge³⁰ et le droit européen, dans la mesure où la communauté a déjà édicté une directive d'harmonisation du droit d'auteur appliqué aux programmes informatiques ainsi que plusieurs directives concernant le droit d'auteur classique³¹. Il nous faudra également faire appel au droit français.

Qui sont les auteurs des logiciels libres ? Certains parleront d'œuvres en perpétuelle évolution, ce qui implique toujours de plus en plus d'auteurs. D'autres évoqueront la collaboration, l'œuvre collective ou la simple application d'un droit d'adaptation. Dans un premier chapitre, nous nous poserons la question de la titularité des logiciels libres.

La GPL fut rédigée selon le mécanisme de « copyleft » tel que mis en place par Stallman. Ce dernier explique le concept selon ces termes :

« Copyleft says that anyone who redistributes the software, with or without modifications, must pass along the freedom to further copy and change it. Copyleft guarantees that every user has freedom. To copyleft a program, first we copyright it; then we add distribution terms, which are a legal instrument that gives everyone the rights to use, modify, and redistribute the program's code or any program derived from it but only if the distribution terms are unchanged. Thus the code and the freedoms become legally inseparable. Proprietary software developers use copyright to take away the users' freedom, we use copyright to guarantee their freedom. That's why we reverse the name, changing "copyright" into "copyleft" »³².

Ce mécanisme de copyleft est obtenu grâce à une utilisation particulière des droits patrimoniaux et moraux reconnus par le droit d'auteur. Dans un deuxième chapitre, nous aborderons les droits patrimoniaux et leur gestion par le biais de la GPL.

Nous consacrerons un troisième chapitre à la question des droits moraux.

³⁰ Nous citerons la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (M.B. 27 juillet 1994) (LDA) et la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, (M.B., 27 juillet 1994) (LPO).

³¹ A savoir : la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, J.O.C.E., 27 novembre 1992, n° L 346, p. 61 et s. ; la directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, J.O.C.E., 6 octobre 1993, n° L 248, p. 15 et s. ; la directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, J.O.C.E., 24 novembre 1993, n° L 290/9 ; la directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.C.E., 22 juin 2001, n° L 167/10.

³² Voy., <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html> (23 juillet 2003).

Question préliminaire : applicabilité de la loi belge à la GPL

La GPL a été rédigée par un américain se basant sur les principes de Copyright américain. Elle a cependant vocation à s'appliquer universellement et les parties au contrat seront souvent ressortissantes de pays différents.

Le droit d'auteur répond au principe de territorialité : la naissance, les effets et la disparition des droits d'auteur dépendent des lois du pays où la protection est invoquée. Le titulaire de droits d'auteur bénéficie donc de prérogatives, non selon un droit d'auteur uniforme, mais issues de différents droits nationaux.

Selon Metzger et Jaeger, il faut faire une distinction entre le contrat de transaction et le fait d'exercer ses droits d'auteur. Alors que le premier est régi par la *lex contractus*, sujette au choix des parties, la doctrine n'est pas unanime en ce qui concerne le deuxième. Ils concluent cependant en disant :

*« Nevertheless, it is agreed that the law of the protecting country is to be applied to questions concerning the content and protection of copyright, in particular moral rights, the grant of simple and exclusive rights of use and the assignment or partial assignment of copyright – and also waiver thereof ».*³³

Vu ces considérations, les auteurs n'hésitent donc pas à appliquer la loi de leur pays pour analyser les termes des licences open source.

Selon Rojinski et Grynbaum, la GPL pourra être considérée comme étant un contrat international selon l'article 3 de la convention de Rome du 19 juin 1980. La GPL ne détermine pas la loi applicable : il faut donc appliquer la loi avec laquelle le contrat a les liens les plus étroits. La doctrine n'est pas unanime sur les critères de rattachement à appliquer en matière de licence de droit d'auteur. En suivant la théorie de Raynard, selon laquelle, pour déterminer les critères de rattachement des licences d'exploitation d'œuvres, il s'agit d'identifier les obligations ayant les effets les plus « caractéristiques » du contrat, Rojinsky et Grynbaum concluent qu'« il est donc possible de considérer que plus la licence du logiciel libre mettra des obligations à la charge du bénéficiaire, plus la prestation caractéristique aura des chances d'être de son côté »³⁴. Par le fait que beaucoup d'obligations « caractéristiques » reposent sur les épaules du bénéficiaire de la licence GPL, la loi belge a donc de fortes chances d'être retenue et appliquée lorsque le programme concerné est utilisé et/ou exploité en Belgique.

³³ METZGER, A., et JAEGER, T., « Open Source Software and German Copyright Law », *I.I.C.*, vol. 32, 2001/1, p. 58 et s.

³⁴ ROJINSKY, C., et GRYNBAUM, V., « Les licences libres et le droit français », *propriété intellectuelle*, juillet 2002, p. 29 et s.

RAYNARD, J., *Droit d'auteur et conflits de lois*, Paris, Litec, collection Bibliothèque de Droit de l'Entreprise, 1990, p. 577.

Enfin, selon Cruquenaire, « en pratique, un contrat portant cession de droits à l'échelle mondiale serait donc en quelque sorte morcelé en autant de contrats qu'il y a de pays accordant la protection, car la validité de l'opération doit être envisagée de manière autonome dans chacun des pays d'exploitation ». La loi belge est donc applicable en ce qui concerne le « contrat » portant sur les « droits belges »³⁵.

³⁵ CRUQUENAIRE, A., « La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives », *A&M*, 2000, p. 218.

Chapitre I. Titularité du logiciel libre

“Good programmers know what to write. Great ones know what to rewrite (and reuse)”

Eric S Raymond – « The Cathedral and the Bazaar »

Avant d’être qualifié d’auteur et ainsi pouvoir bénéficier de prérogatives exclusives sur sa création, celle-ci doit répondre au critère d’originalité.

Nous avons déjà vu que les programmes informatiques étaient des œuvres qualifiées par la doctrine de « fonctionnelles » et qui devaient cependant être traitées, selon l’article 1 de la directive, « en tant qu’œuvre littéraire » au sens de la convention de Berne. Cette qualification permet l’application du droit d’auteur aux logiciels.

La particularité des œuvres fonctionnelles est que le critère classique d’originalité n’est pas des plus adéquats.

L’article 2 de la LDA prévoit qu’ *« un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection par le droit d'auteur »*.

Cependant, il est difficile d’affirmer que c’est la simple personnalité du programmeur qui l’incite à écrire d’une façon plutôt qu’une autre. Ce sont plus son travail intellectuel et ses choix de configuration, qui dépassent la simple mise en œuvre d’une logique automatique et contraignante, que sa créativité qui seront protégés par le droit d’auteur³⁶.

Cette parenthèse refermée, concentrons-nous tout d’abord sur la titularité des droits d’auteur concernant les logiciels libres.

L’œuvre peut être créée par un auteur unique. Dans ce cas l’ensemble des droits d’auteur appartient à cet auteur unique.

Au contraire, plusieurs personnes peuvent revendiquer des droits d’auteur concernant une même œuvre. Dans ce cas, le droit belge fait une distinction entre les collaborations et les œuvres « dérivées ». Ces dernières sont appelées « œuvres composites » en droit français. Le 1^{er} alinéa de l’article 2 de la directive concernant la protection juridique des programmes d’ordinateur permet de reconnaître également une troisième catégorie : les œuvres collectives. Le législateur belge refusa d’introduire cette notion. Par contre cette catégorie est reconnue par le droit français.

³⁶ TRIAILLE, J.-P., « La protection des logiciels en Belgique », in *L’informatique et le droit d’auteur*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, p. 102.

DE VISCHER, F. et MICHAUX, B., *op. cit.*, p. 219, citant la jurisprudence de la cour de cassation française, l’arrêt « Pachot », 7 mars 1986, *D.I.T.*, 1986 (n°2) p. 80 ; *Computerrecht*, 1986, p. 186.

Section 1. Définitions et critères

§1. Collaboration

Il n'existe pas de définition légale de la collaboration en droit belge. La doctrine a, de ce fait, pour habitude de se référer à la définition française³⁷. Le Code de la Propriété Intellectuelle français, en son article L. 113-2 définit la collaboration comme étant : « l'œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ».

Plusieurs conditions doivent être remplies afin qu'une œuvre soit considérée comme étant une œuvre de collaboration :

- L'œuvre doit être réalisée par deux personnes au moins.
- Chacune de ces personnes doit faire un apport créatif, c'est-à-dire contribuer à la mise en forme originale de l'œuvre par un apport personnel. Autrement dit, la part de travail de chacun doit répondre à la condition classique d'originalité. Le simple apport d'idées et/ou la simple mise en forme suivant les consignes précises de l'auteur ne seront pas considérés comme étant des collaborations.
- Selon certains auteurs, l'apport créatif des différents auteurs doit être simultané dans l'élaboration d'une même oeuvre.³⁸ Pour d'autres, il faut que « les contributions rassemblées obéissent à une inspiration commune, qu'il y ait concertation entre les auteurs et non simple juxtaposition des contributions »³⁹. D'après nous, ces deux énoncés, à première vue différents, expriment en fait le même critère que l'on pourrait décrire comme « un critère de l'unicité de l'œuvre ». Alors que les premiers énoncent la simultanéité dans l'apport créatif, il ne faut pourtant pas que les contributions soient effectuées en même temps ni au même endroit. Il s'agit plutôt d'établir la différence entre, d'une part, une collaboration, c'est-à-dire le rassemblement de contributions originales dans une seule œuvre, et d'autre part, une adaptation, c'est-à-dire la reprise par un auteur d'une œuvre achevée par un autre auteur, afin de créer une deuxième œuvre, sur laquelle le premier auteur bénéficiera également de droits d'auteur. Lorsque l'on insiste sur l'inspiration commune, c'est pour distinguer l'œuvre issue d'un projet commun d'une juxtaposition d'œuvres d'auteurs uniques.

On distingue deux types de collaborations : les collaborations indivisibles, dont la gestion des droits se règle selon des principes proches de ceux de l'indivision (art. 4 LDA), et les collaborations divisibles, pour lesquelles chaque collaborateur peut exploiter sa contribution, à condition de ne pas traiter de ses œuvres avec d'autres collaborateurs et de ne pas porter préjudice à l'œuvre commune (art. 5 LDA).

³⁷ STROWEL, A. et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p.42, n°35.

³⁸ "Samenwerking veronderstelt tevens een gelijktijdige creatieve inbreng bij de opbouw van een zelfde werk. Wie op een voorafbestaand werk eerst later een creatieve inbreng uitoefent verworft eveneens een auteursrecht, maar wel met een verschillend statuut, nl. dat van de adaptatie."

GOTZEN, F., *Auteursrecht*, Syllabus voortgezette academische opleiding intellectuele rechten, année 2002-2003, p. 29.

³⁹ STROWEL, A. et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 44, n°36.

§2. Œuvre dérivée (ou « composite »)

Une fois de plus la LDA ne donne pas de définition de l'œuvre dérivée, et ce, à l'inverse du Code de Propriété Intellectuelle français. Son article L113-2, définit l'œuvre composite comme étant « *l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière* ». Le CPI précise dans son article 113-2 que « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ».

Une œuvre dérivée ou composite est une œuvre distincte de l'œuvre originale qui lui est incorporée (en tout ou en partie). Le réalisateur de l'œuvre dérivée est donc seul titulaire des droits d'auteur concernant cette nouvelle œuvre. Cependant l'auteur de l'œuvre originale peut s'opposer à cette incorporation, étant donné que cet acte entre dans le champ de son droit patrimonial de reproduction (adaptation) (art. 1, al. 2 LDA). En vertu des droits patrimoniaux qu'il conserve sur l'œuvre originale, l'auteur de l'œuvre dérivée doit également lui demander son accord pour les différents modes d'exploitation de cette nouvelle œuvre.

§3. Œuvre collective

L'œuvre collective n'est pas reconnue en Belgique mais bien en France. Selon l'article L113-2 du CPI, « *est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ».

L'article L 113-5 du CPI, ajoute : « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* ».

Les droits d'auteur relatifs à une œuvre collective n'appartiennent qu'à une personne, à savoir la personne physique ou morale qui eut l'initiative de l'œuvre. Ce maître d'œuvre contrôle l'entièreté du processus de création en donnant des directives et en harmonisant les créations des divers participants. Ceux-ci ne participent pas à l'exploitation de l'œuvre et ne reçoivent qu'une rémunération forfaitaire. Leur consentement est cependant nécessaire pour exploiter leurs contributions et ils restent investis de leurs droits moraux vis-à-vis de leur contribution⁴⁰. Ils pourront aussi exploiter isolément leur contribution si cette exploitation ne nuit pas à l'œuvre collective⁴¹.

Les exemples classiques de ce genre d'œuvres sont les dictionnaires et les journaux.

⁴⁰ Voy. http://www.en-droit.com/etudes/pi_en_france_99/propint2.html (4 août 2003).

⁴¹ CLEMENT-FONTAINE, M., *La licence publique générale GNU*, mémoire de DEA Droit des Créations Immatérielles, année 1998-1999, <http://www.juriscom.net/uni/mem/08/log01.pdf> (23 juillet 2003).

La doctrine française admet elle-même que la distinction entre les œuvres de collaboration et les œuvres collectives est parfois très difficile à effectuer⁴².

Section 2. Application aux logiciels libres

Avant de tenter d'appliquer les concepts établis dans le paragraphe précédent aux logiciels libres, décrivons brièvement les différents processus d'élaboration d'un logiciel libre.

Les logiciels ont des tailles et des fonctionnalités très diverses. Un logiciel peut contenir à peine quelques kilo-octets et avoir une fonction bien précise comme il peut atteindre des tailles gigantesques : quelques centaines de méga-octets pour les applications les plus complexes aux fonctionnalités innombrables. C'est également le cas des logiciels libres. Les petits logiciels libres peuvent être l'œuvre d'auteurs uniques. Plus la taille du logiciel libre est conséquente, plus il est probable que les participants au projet aient été nombreux.

Lorsque la création d'un logiciel implique la participation de plusieurs personnes, il existe d'après Raymond, deux méthodes de développement : l'une est comparable à la construction d'une cathédrale et l'autre à l'émanation d'un bazar.⁴³ La construction d'une cathédrale est le fruit du génie de quelques sorciers qui conçoivent, isolés, la globalité de l'œuvre. A l'inverse, le bazar est constitué d'une multitude d'individus qui seuls ou par petits groupes, développent des parties de projets selon leurs propres approches et leurs propres spécialités et s'adressent à tout un chacun afin de résoudre les problèmes rencontrés. Les logiciels traditionnels « propriétaires » sont créés selon le schéma de la cathédrale. Linux a vu le jour au sein du plus grand des bazars, et ce, grâce au principe de disponibilité des codes sources⁴⁴.

Comment qualifier la création émanant de ce fameux bazar ? Dans un souci d'ordre et de clarté, il nous semble nécessaire de distinguer deux stades dans le développement des logiciels libres : la création de l'œuvre primaire et son évolution.

§1. Œuvre primaire

Dans le cas des logiciels libres, l'œuvre primaire sera considérée comme « la première version achevée » du programme.

⁴² DEGOY-VACHER, F., « De la subtile distinction œuvre collective/œuvre de collaboration », <http://www.lettresdudroit.com/article.list/de-la-subtile-distinction-oeuvre-collective/-/oeuvre-de-coll.htm> (5 août 2003).

Voy. TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 15 mars 2002, Madame Bachetta et al. c/ SA Ellipses Editions Marketing et al., Juris-Data n° 2002-170857, Communication, Commerce Electronique mai 2002, p. 24.

⁴³ RAYMOND, E.S., *The Cathedral and the Bazaar*, 1998, http://www.linux-france.org/article/these/cathedrale-bazar/cathedrale-bazar_monoblock.html (5 août 2003).

⁴⁴ "Omdat de broncode beschikbaar is, is iedereen met interesse voor het ontwikkelen van software potentieel programmeur"
GROENENBOOM, M.M., *op. cit.*, p.26.

Cette première version peut être issue d'une seule personne. Un programmeur peut très bien développer en solitaire un petit logiciel qu'il décide par la suite de distribuer sous GPL pour permettre à d'autres programmeurs d'en revoir le code et de l'améliorer.

Cependant, l'élaboration d'un logiciel libre trouve souvent son origine dans le projet que font quelques programmeurs. Ceux-ci se répartissent les tâches, se consultent, et peuvent faire appel à d'autres collègues. Ils peuvent aussi créer un site Internet ou une « mailing list », présentant le projet, témoignant de l'avancée de celui-ci et accueillant à bras ouverts toute personne intéressée à participer au projet. La notion d'œuvre collective n'existant pas en droit belge, la qualification de ce genre d'entreprise s'impose : il s'agit d'une collaboration. Plusieurs auteurs agissent dans un esprit d'inspiration commune et apportent leur participation originale à la création du programme. Sous cette simplicité de qualification se cache d'énormes difficultés pratiques. Comment identifier tous les « collaborateurs » ? C'est en essayant d'effectuer cette tâche que la métaphore du bazar prend tout son sens... De plus, non seulement faut-il les identifier, encore faut-il prendre en compte le fait que chacun est titulaire de droits d'auteur sur le logiciel⁴⁵. Pour se dépêtrer de pareille situation, l'on pourrait répondre que, d'une part, conformément à la définition de la collaboration, seuls les participants dont l'apport répond aux critères de protection (originalité) sont concernés. En pratique, beaucoup de participants n'apportent que des solutions à des problèmes ponctuels : ces apports ne seront souvent pas considérés comme étant suffisamment « originaux » ou témoignant d'un travail suffisamment important. D'autre part, la présomption de titularité de l'article 6, al.2 LDA s'avèrera fort utile : les fichiers des logiciels libres, conformément à un standard GNU, contiennent toujours un fichier (« AUTHORS ») reprenant l'ensemble des personnes qui ont participé au projet. Par application de l'article 6, al.2, la présomption jouera en faveur de ces personnes⁴⁶.

En droit français, l'on se retrouve face au choix entre la collaboration et l'œuvre collective. Par la qualification d'œuvre collective, l'on éviterait les problèmes d'identification des auteurs évoqués plus haut. Il faudra dans ce cas déterminer s'il existe un « coordinateur » au sens de l'article L 113-2, et de plus, seul son nom devra apparaître sur l'œuvre qu'il aura divulguée et publiée⁴⁷. Si ces deux conditions sont remplies, le logiciel sera considéré comme une œuvre collective, sinon, comme une collaboration. Pour chaque projet de logiciel libre, il existe souvent un développeur principal. Dans le cas du logiciel Linux, il s'agissait de Linus Torvalds. D'après nous, il faut considérer ces développeurs principaux comme les personnes sous la direction desquelles les projets sont menés. Cependant, le fait de l'existence de fichiers « AUTHORS », divulguant le nom de tous les participants empêche la qualification d'œuvre collective. C'est donc également l'« œuvre de collaboration » qui sera retenue en droit français.

Nous parlions de « première œuvre achevée ». Sous cette dénomination anodine se cache un vrai problème : quand peut-on parler de version « achevée » au sujet d'une œuvre en perpétuelle évolution, parfois qualifiée d'œuvre « évolutive et dynamique »⁴⁸, que constitue

⁴⁵ “Who or how many people may retain copyright in Linux or some other large open-source software projects is a problem. Can each person have copyright or their own contribution new patches or developments to the overall programs? Can rights exist in persons unknown, from places unknown at times unknown?”
LAMBERT, P., *op. cit.*, p. 170.

⁴⁶ Notons que ces listes sont souvent très extensives et comportent également, par exemple, les noms de testeurs. Figurent donc sur ces listes des personnes qui ne bénéficieraient normalement pas de droits d'auteurs.

⁴⁷ Voy. TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 15 mars 2002, Madame Bachetta et al. c/ SA Ellipses Editions Marketing et al., Juris-Data n° 2002-170857, Communication, Commerce Electronique mai 2002, p. 24.

⁴⁸ CLEMENT-FONTAINE, M., *op. cit.*, n°17,

un logiciel libre ? Les auteurs de logiciels libres proposeront rarement leur programmes sur Internet en les présentant comme étant « leur première version achevée ». Ils se contenteront de rendre des copies disponibles accompagnées des codes sources et d'une licence GPL. De plus, il est dans la philosophie même du logiciel libre de ne jamais estimer qu'un logiciel est achevé.

Il nous semble que la réponse à cette question se trouve dans les principes du droit moral de divulgation⁴⁹. A ce sujet, Strowel et Derclaye écrivent :

*« Divulguer une œuvre, c'est la présenter au public. L'auteur décide souverainement si son œuvre est achevée et quand et comment elle est digne d'être diffusée dans le public. »*⁵⁰

La divulgation peut donc être considérée comme étant le moment où les auteurs décident que leur œuvre est achevée. Cette réponse à elle seule ne résout cependant rien. En effet, l'on pourrait prétendre que la transmission du programme à d'autres programmeurs de logiciels libres n'est pas une divulgation au public mais « une invitation à la collaboration »... dans ce cas le droit de divulgation se dissoudrait parmi tous les membres de la communauté du libre, et comme celle-ci a vocation universelle (toute personne qui le désire peut modifier le programme), l'avocat du diable pourrait ainsi prétendre que la notion d'auteur pourrait théoriquement s'étendre à celle du public auquel il est sensé divulguer l'œuvre.

Pour répondre à ce schéma insensé, nous citerons Gotzen :

*« Natuurlijk kan deze beslissing samenvallen met de eerste uitoefening van een vermogensrecht op grond van art.1 eerste paragraaf. Zo kan de bekendmaking gebeuren naar aanleiding van een toestemming tot reproducieren of tot mededelen aan het publiek. »*⁵¹

L'auteur fait remarquer qu'en cas de cession de droits patrimoniaux sur oeuvre future comme le permet l'article 3, §2 de la LDA, l'auteur exerce l'une de ses prérogatives patrimoniales avant la divulgation. Dans ce cas, la divulgation est le moment auquel cette cession s'opère.

Dans le cas des programmes distribués sous la GPL, c'est la première situation qui s'applique : l'auteur crée l'œuvre et la distribue sous la licence. Ainsi, l'oeuvre est divulguée par l'exercice d'un droit patrimonial : la licence GPL (comme n'importe quelle licence) est basée sur l'exercice de droits patrimoniaux.

Nous pouvons conclure qu'un programme distribué sous cette licence a été divulgué, et que par conséquent, nous sommes en présence d'une première œuvre « achevée ».

⁴⁹ Nous verrons, lorsque nous analyserons la cession des droits moraux, qu'il n'est pas sûr que les programmeurs bénéficient du droit moral de divulgation. Cependant, ceci n'entre pas en ligne de compte dans le développement présent ; en effet, nous nous servons des principes de la divulgation dans le seul but de déterminer quand une œuvre est achevée ou pas. Une fois que l'on sait quand l'œuvre est achevée, peu importe à ce stade de savoir si le programmeur de l'œuvre achevée a un droit de divulgation sur celle-ci ou pas.

⁵⁰ STROWEL, A. et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p.82, n°81.

⁵¹ GOTZEN, F., *op. cit.*, p. 95.

§2. Evolution du logiciel

Premier cas de figure : œuvre dérivée ou composite

Au vu des développements effectués dans le paragraphe précédent, la suite s'impose assez logiquement. Les programmeurs qui modifieront un logiciel distribué sous GPL créeront une œuvre dérivée (ou composite⁵²) si, par les modifications qu'ils apportent à l'œuvre originale, ils créent une œuvre qui soit originale. Inutile de préciser que cette nouvelle œuvre dérivée peut être également le fait de plusieurs auteurs (œuvre dérivée de collaboration,...).

Deuxième cas de figure : qu'en est-il si les modifications sont insuffisantes pour créer une œuvre dérivée ?

Dans tous les cas de figure, l'auteur (les auteurs) de l'œuvre originale conserve(nt) ses (leurs) droits d'auteur sur cette œuvre ainsi modifiée. L'œuvre modifiée pourrait-elle être considérée comme une collaboration ou une œuvre composite ?

Clément-Fontaine constate qu' « *en effet, les modifications apportées par les différents intervenants ne sont pas nécessairement suffisantes pour aboutir à la création d'une œuvre originale et donc composite. Par ailleurs, nous avons déjà relevé que lorsque le logiciel libre a du succès, une personne ou une communauté d'utilisateurs peut en collaboration avec le créateur assurer sa maintenance et son développement. Ainsi, le logiciel peut être qualifié d'œuvre de collaboration ou d'œuvre collective sans passer par la qualification d'œuvre composite* ». ⁵³Après avoir écarté l'option d'œuvre collective pour absence de coordinateur (réflexion que nous partageons, à ce stade du développement du logiciel), l'auteur retient la solution de l'œuvre de collaboration.

Il nous semble que l'auteur tire cette conclusion un peu hâtivement. L'énoncé de départ était que l'œuvre n'est pas composite parce que les modifications apportées sont insuffisantes pour aboutir à une nouvelle œuvre originale. Rappelons d'abord que pour qu'une personne soit considérée comme participant à une collaboration, il faut qu'elle fasse un apport personnel et original à la mise en forme de l'œuvre. Il faut donc déjà que ce critère soit rempli.

Se peut-il que les modifications apportées soient insuffisantes pour créer une œuvre originale (œuvre composite) mais que ces apports à l'œuvre puissent malgré tout être

⁵²Contra SOUFFRON, J.-B., « La Licence Publique Générale : un système original de protection juridique pour les créations issues des systèmes de développement coopératifs », <http://www.souffron.free.fr/files/gpl.html> (23 juillet 2003). D'après l'auteur, la qualification d'œuvre composite « *n'est pas non plus à retenir puisque l'auteur de l'œuvre primaire n'a jamais accordé de droits aux développeurs qui ne font qu'adhérer à la licence GPL dont l'objet n'est pas de transférer des droits de propriété du logiciel* ». Il nous semble que cette interprétation est erronée. Par la GPL, les auteurs de logiciels libres se servent de leur droit d'adaptation afin de permettre à quiconque de modifier le programme à condition de distribuer l'œuvre résultante (dérivée) sous GPL. Pour qu'une œuvre soit dérivée (ou composite), il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'œuvre originale « transfère » (dans le sens de cession ?) les droits sur celle-ci à l'auteur de l'œuvre dérivée : une simple autorisation (licence) de procéder à l'adaptation suffit.

⁵³ CLEMENT-FONTAINE, M., *op. cit.*, n°19.

« personnels et originaux » afin de correspondre aux critères des participations aux œuvres de collaboration ? Oui, cela se peut, car l' « assiette » de l'originalité est différente : dans la première, c'est l'œuvre entière. Dans la deuxième, ce n'est que la participation. Cependant, n'oublions pas qu'une collaboration doit s'effectuer dans un esprit d' « inspiration commune », de « simultanéité dans l'élaboration ». Bref, la question peut se résumer de la sorte : « peut-on collaborer à la conception d'une œuvre déjà achevée et divulguée ? ». Le bon sens (malgré toutes les réserves que l'on peut émettre envers cette source) nous pousse à répondre par la négative.

En résumé, le programmeur à l'origine de modifications insuffisantes ne bénéficie quant à lui d'aucun droit, et son travail n'est ni une œuvre composite, ni une collaboration, ni une participation à une œuvre collective . En définitive, si l'œuvre résultant de la modification n'est pas originale, le programmeur l'ayant modifié n'est pas auteur et il paraît logique que ce genre de travail ne soit pas qualifié par le droit d'auteur. Pour plus de facilité, nous surnommerons ce genre de résultat « œuvre modifiée ».

Chapitre II. Droits patrimoniaux

Traditionnellement, les deux prérogatives les plus importantes du droit d'auteur sont la communication au public et la reproduction (comprenant les droits d'adaptation, de traduction, de location et de prêt) (art. 1, §1 LDA). La directive « droit d'auteur et société de l'information »⁵⁴ en son article 4 reconnaît une troisième prérogative que la doctrine traditionnelle estimait englobée dans celle de la reproduction⁵⁵ : le droit de distribution.

En ce qui concerne les droits patrimoniaux relatifs aux programmes informatiques, la LPO reprend dans son article 5 une liste d'actes exclusifs telle qu'établie dans la directive :

« Sous réserve des articles 6 et 7, les droits patrimoniaux comprennent :

- a) la **reproduction** permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit. Lorsque le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes seront soumis à l'autorisation du titulaire du droit;
- b) la **traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation** d'un programme d'ordinateur et la reproduction du programme en résultant sans préjudice des droits de la personne qui transforme le programme;
- c) toute forme de **distribution au public**, y compris la location et le prêt, de l'original ou de copies d'un programme d'ordinateur. La première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie dans l'Union européenne, à l'exception du droit de contrôler des locations et des prêts ultérieurs du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci. »

On constate que, même si l'agencement des différents droits de cette liste diverge de leur systématique traditionnelle, on y retrouve cependant les composants du droit classique de reproduction. Le droit de distribution y est explicitement cité. Estimant d'une part que cette liste n'est pas limitative, et d'autre part que l'assimilation aux œuvres littéraires et donc l'application de la loi générale jouent en ce sens, les droits patrimoniaux reconnus aux programmeurs de logiciels comprennent également le droit de communication au public, malgré son absence dans la LPO⁵⁶.

Ces actes concernés par les droits patrimoniaux ne peuvent être accomplis qu'avec l'accord des titulaires des droits sauf exceptions.

Inutile de préciser que ces actes concernent aussi bien le code source que le code objet du programme, les deux étant protégés par le droit d'auteur⁵⁷.

⁵⁴ Directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, 22 juin 2001, n° L 167/10.

⁵⁵ BERENBOOM, A., *Le nouveau Droit d'Auteur et les droits voisins*, Bruxelles, Larcier, 1997, n°70, p. 105 ; STROWEL, A., et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 57, n°51.

⁵⁶ STROWEL, A., et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 215, n°243; DE VISSCHER, F. et MICHAUX, B., *op. cit.*, p.221, n°259.

⁵⁷ Pour plus de détails sur ces notions, voir par exemple STROWEL, A. et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p.180, n° 205 et s.

Section 1. Actes permis par la GPL

L'article 0 de la GPL prévoit :

“Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope.”

La licence ne concerne donc que les droits de reproduction au sens large et les droits de distribution. Par mesure de facilité, nous respecterons le schéma de la GPL et nous traiterons en premier lieu des copies « verbatim » (copie sans modification) et de leur distribution. En second lieu nous aborderons la modification et la distribution du résultat.

D'une manière générale, la GPL octroie une licence relative à différents droits patrimoniaux non pas en échange d'une rémunération, mais à condition d'accomplir certains actes. La GPL peut être qualifiée de contrat synallagmatique.

§1. Copie « verbatim » et distribution

En résumé, l'article 1 de la GPL permet au titulaire de la licence d'effectuer des copies « verbatim » du programme et de les distribuer, à condition que ces copies présentent toutes les notices qu'il a lui-même reçues avec ce programme. En d'autres termes, il doit laisser intactes les notices de « copyright » et de refus de garantie.

La distribution de ces copies peut être payante. Si c'est le cas, le distributeur peut également offrir, en son nom, une garantie.

L'article 1 parle du « code source ». Ces reproductions et distributions peuvent concerner le code objet ou exécutable à condition de rendre le code source disponible, conformément à l'article 3 de la GPL.

Notons également que l'article 6 prévoit que le distributeur ne peut pas « sous-licencier ». La personne qui entrera en possession d'une copie du programme obtient automatiquement une licence de l'auteur du programme selon les termes de la GPL.

§2. Modification et distribution

L'article 2 de la GPL prévoit :

“You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions : ...”

Le bénéficiaire de la licence peut également modifier le programme (œuvre dérivée ou « œuvre modifiée »), ou incorporer tout ou partie de celui-ci dans une œuvre propre (œuvre dérivée). Il doit cependant, d'une part, respecter les obligations de l'article 1 (voir paragraphe 1) et, d'autre part, répondre à des conditions supplémentaires :

1. Il doit notifier le fait qu'il ait modifié le programme.
2. Il doit distribuer son oeuvre sous GPL.
3. Il doit s'assurer que le programme, une fois lancé, fasse apparaître à l'écran les copyrights et autres clauses de refus de garantie et informe l'utilisateur de sa possibilité de consulter la licence.

Parmi ces conditions, c'est l'obligation de distribuer le programme modifié sous GPL qui retiendra toute notre attention. Nous nous pencherons d'abord sur l'objet de cette obligation à savoir ce que la GPL appelle «work based on the Program» . Nous nous poserons ensuite la question de la cohabitation entre code GPL et code « propriétaire ». Par la suite, nous développerons ce que certains auteurs appellent la « contamination de la GPL ». Enfin, nous nous demanderons si cette obligation imposée au bénéficiaire de la licence est conforme aux règles contractuelles de droit d'auteur (du point de vue du bénéficiaire de la licence).

a) « Work based on the program »

La notion d'« œuvre basée sur le programme » fait à première vue appel à la notion d'œuvre dérivée ou « modifiée ». La GPL n'est cependant pas claire quant à la définition de ce terme. Washa propose deux solutions⁵⁸. Soit il s'agit d'une « derivative work » selon la loi américaine (17 U.S.C. § 101.)⁵⁹ qui correspond à notre concept d'œuvre dérivée, soit il faut retenir l'interprétation de la communauté du libre : “use some common sense”. S'il est évident qu'un programmeur tente de détourner des codes soumis à la GPL il y a violation de la GPL. Selon Washa, ces deux propositions impliquent que l'œuvre dérivée soit originale. Selon nous, pour la deuxième solution proposée, l'originalité du programme modifié n'est pas indispensable.

Utilisons ce fameux « common sense ». Si l'on estime que l'article 2 de la GPL ne concerne que les œuvres dérivées au sens strict de la loi, cela voudrait dire que la GPL ferait l'impasse sur les œuvres que nous appelons « œuvres modifiées »⁶⁰ ce qui n'est certainement pas le but des rédacteurs de la GPL. De plus, l'article 2 définit implicitement ce qu'est le « work based on the Program » par l'explication présentée au début de la phrase : « you may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program ». D'après cette description, le simple fait de modifier le programme en fait une oeuvre basée sur le programme.

L'avocat du diable prétendra cependant que l'article 0 donne une définition du « work based on the Program » :

“...a ‘work based on the Program’ means either the Program or any derivative work under copyright law:...”

⁵⁸ WASHA, J. B., « Open Source, Free Software, and the General Public Licence », *The Computer & Internet Lawyer*, Mars 2003, n°3, p.22.

⁵⁹ « A work based upon one or more pre-existing works such as a translation... abridgement, condensation or any other form in which a work may be recast, transformed or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work or authorship, is a ‘derivative work’ ».

⁶⁰ A savoir, pour rappel, nous visons les oeuvres qui ont subi une modification qui fut insuffisante pour obtenir l'obtention d'une nouvelle oeuvre originale.

La GPL ferait l'impasse en ce sens où l'article 1 ne concernerait que la copie « verbatim » et l'article 2 que les œuvres dérivées selon la définition de la loi.

Le juriste répliquera que la définition que la GPL donne de ce « derivative work under copyright law » ne correspond en fait pas à la définition légale...

“...that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated into another language.”

Bref, la GPL est loin d'être claire à ce niveau. Les règles d'interprétation de l'article 3 de la LDA nous imposent une interprétation stricte, en faveur de l'auteur. Comment appliquer ce principe à un contrat dont certaines dispositions vont dans un sens et d'autres dans un sens opposé ? Nous savons que l'interprétation stricte doit se faire en faveur de l'auteur. Quelle est l'interprétation la plus favorable à l'auteur : estimer que les « œuvres modifiées » ne sont pas concernées par le contrat de licence, ou au contraire, estimer qu'elles sont concernées par l'article 2 de la GPL et permettre leur reproduction, modification et redistribution aux conditions imposées par l'auteur à cet article ?

b) Cohabitation code « propriétaire » et code GPL

Washa propose au sujet de la cohabitation et de l'interaction entre code « propriétaire » et code GPL une très intéressante analyse que nous proposons de résumer ci-dessous, tout en ajoutant certaines précisions techniques⁶¹.

1. Un logiciel peut **incorporer du code distribué sous GPL**. C'est le cas traité dans le point a). Nous ne reviendrons pas sur ce cas ; nous avons vu que cette incorporation n'est pas permise par la GPL si le but est de créer un programme « propriétaire ».

2. Un programme « propriétaire » peut très bien consister en une **application exécutable sous un système d'exploitation libre**. Imaginons par exemple qu'une société informatique développe un anti-virus qui tourne sous Linux. Le code de cet anti-virus a été entièrement créé par les employés de cette entreprise et cette dernière décide de commercialiser celui-ci sous format « propriétaire ». Cette pratique est permise sous les termes de la GPL.

3. Un logiciel peut être développé sur base d'une « **bibliothèque informatique** »⁶² distribuée sous GPL⁶³. Il existe deux types de bibliothèques : les bibliothèques compilées et

⁶¹ WASHA, *op. cit.*, p.23

⁶² « Library ». Une bibliothèque informatique est une sorte de boîte à outil informatique. Ce n'est pas un programme en tant que tel, mais plutôt un ensemble de fonctionnalités essentielles à bon nombre de programmes. Prenons par exemple le code qui dirige la luminosité des pixels d'un écran. Presque tout programme inter-agit avec son utilisateur par le biais d'interfaces qui apparaissent à l'écran. Ce code ordonnant à la machine d'illuminer tels et tels pixels est très complexe et fastidieux et s'apparente fortement à du code machine (« code objet »). Afin d'éviter aux informaticiens de s'arracher les cheveux et d'encoder ce code dans leur programme, cette fonctionnalité est incluse dans une bibliothèque et peut ainsi être utilisée à tout moment.

Il existe des bibliothèques compilées et non compilées.

Généralement des packages concernant l'un ou l'autre langage de programmation (pour le « C », citons Visual C, par exemple) sont disponibles. Ceux-ci contiennent un éditeur, une librairie non-compilée et un compilateur. Grâce à cet outil, les programmeurs peuvent éditer du code, y insérer le code de fonctionnalités « prêt-à-porter » trouvé dans la bibliothèque et compiler le tout.

L'exemple le plus connu d'une bibliothèque compilée est le fichier DirectX de windows. Bon nombre d'applications windows requièrent ce programme et c'est la raison pour laquelle la version de DirectX est

non compilées. S'il s'agit d'une bibliothèque non compilée, le code source de la bibliothèque se retrouvera compilé en même temps que le code source du logiciel dans la version objet de ce logiciel, ce qui peut être considéré comme une incorporation de code GPL. Par contre, un programme compilé peut très bien faire appel à des fonctionnalités comprises dans une bibliothèque compilée GPL. Dans ce cas, ni le code source, ni le code objet du logiciel ne contient de code GPL. Cependant il ne peut pas fonctionner de façon autonome : il doit avoir accès à la bibliothèque. Dans ce cas, selon Washa, la pratique acceptée dans le milieu open source est de considérer que le dit logiciel doit également être distribué sous GPL.

Du point de vue du droit d'auteur, cette obligation de « libérer » le logiciel n'est, à première vue, pas fondée. En effet, le programme ne reprend aucune ligne du code en tant que tel. Il n'est donc pas question de « reproduction » au sens du droit d'auteur. D'un autre côté, les termes de la GPL pourraient-ils être interprétés en ce sens ? L'article 2, traitant des logiciels basés sur le programme GPL, ne concerne que la modification de ces programmes ou leur incorporation en tout ou en partie.

Dans la situation qui nous préoccupe, il s'agit en fait de ce que l'on pourrait appeler une « référence impérative ». Le logiciel développé n'incorpore pas « physiquement » la bibliothèque ou partie de celle-ci... Cependant, il nous paraît que l'incorporation est « conceptuelle » et « fonctionnelle ». Le logiciel ne peut pas, par conséquent, être considéré comme « indépendant et séparé » selon les termes de la GPL. Une interprétation large de ceux-ci peut nous pousser à considérer le logiciel en question comme étant « work based on the Program ».

Pour conclure, non seulement la GPL nous paraît une fois de plus floue, mais il nous semble également que nous sommes arrivés à un stade de raisonnement où le droit d'auteur s'avère limité et inadapté en matière d' « œuvre fonctionnelle ». En effet, il nous semble que ce concept fantôme d' « incorporation conceptuelle et fonctionnelle » est lié à cette catégorie particulière d'œuvres.

4. Un logiciel peut être « **écrit dans l'espace du Linux Kernel** »⁶⁴. C'est le cas des « drivers ». Dans ce cas, Washa établit une différence entre les drivers installés en static loading et ceux installés en dynamic loading⁶⁵. Les premiers sont considérés comme extensions directes du Kernel. La GPL devrait s'étendre à ces programmes. Les drivers installés en dynamic loading pourraient par contre être maintenus sous licences « propriétaires » puisqu'ils sont « physiquement et logiquement séparés du code kernel qui s'est exécuté préalablement ».

mentionnée dans les configurations minimales nécessaires à leur exécution. Sans la bonne version DirectX le programme ne pourra pas fonctionner, car il ne trouvera pas les fonctionnalités nécessaires dans la bibliothèque.

⁶³ La Free Software Foundation a composé une licence spécifique moins restrictive que la GPL (en matière d'incorporation du code source) et susceptible d'accompagner les bibliothèques. Il s'agit de la LGPL. Nous n'analyserons pas les termes de cette licence dans le cadre de ce travail.

⁶⁴ Le Linux Kernel est l'ensemble des fonctionnalités essentielles de l'Operating System Linux.

⁶⁵ L'installation de l'OS Linux, contrairement à d'autres OS tels que Windows, s'effectue à partir du code source, ce qui a pour conséquence que Linux est paramétrable avant son installation et sa compilation. L'installateur peut ainsi déterminer les fonctions qui seront lancées avec l'OS (faisant corps avec l'OS) et celles qui ne seront lancées que lorsque l'utilisateur le décide ou lorsqu'une application requiert le lancement de cette fonction. Les premières sont les fonctions installées en « static loading », les secondes en « dynamic loading ». Les drivers (un code permettant la communication entre l'OS et du hardware) sont des codes qui interagissent avec le code du kernel. Certains drivers doivent être paramétrés en static loading, d'autres en dynamic loading.

Les remarques que nous avons faites au point n°3 peuvent également s'appliquer dans ce cas d'espèce. Le driver en static loading, bien que ne consistant pas en tant que tel en une œuvre dérivée, ne contenant pas de code GPL, est cependant à ce point lié au Linux Kernel, qu'il est « logiquement inséparable » de ce dernier. Quant au concept d' « incorporation conceptuelle », il s'agit plutôt ici d' « inséparabilité conceptuelle ».⁶⁶

c) Contamination par GPL : “whole which is a work based on the program”

Nous avons vu qu'il était question dans le point b) d'une obligation de soumettre à la GPL des programmes qui ne sont pas des œuvres « modifiées » ou dérivées au sens du droit d'auteur, et donc, sur lesquelles les auteurs originaires n'ont aucun droit, mais qui sont cependant dépendants des programmes de ces derniers. Certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un phénomène de « contamination » par la GPL⁶⁷.

Ce phénomène de contamination est plus largement prévu par la GPL. L'alinéa 2 de l'article 2 précise en effet que l'obligation de distribuer sous GPL est imposée pour l' « œuvre modifiée en tant que tout »⁶⁸. Il spécifie que :

- Si des sections identifiables de cette œuvre ne sont pas dérivées du programme originaire et qu'elles peuvent raisonnablement être considérées comme œuvres séparées et indépendantes, la GPL peut ne pas s'appliquer à ces sections si elles sont distribuées en tant qu'œuvres séparées.
- Si ces mêmes sections sont distribuées comme faisant partie d'un tout, lequel étant une œuvre basée sur le programme originaire, la distribution entière doit être faite sous GPL.

Ainsi, les auteurs de sections indépendantes de programme peuvent se voir imposer ou non les termes de la GPL suivant que ces sections sont distribuées avec le programme soumis à la GPL (ou partie de celui-ci), ou qu'elles soient distribuées en tant qu'œuvres séparées⁶⁹.

Koelman résume la situation, en parlant de la fameuse distribution en « package », classique dans le monde du logiciel libre :

⁶⁶Gomulkiewicz explique clairement que la technique devient de plus en plus complexe et que l'interdépendance des programmes n'échappe pas à cette constatation.
GOMULKIEWICZ, R.W., “De-bugging open source software licencing”, *University of Pittsburgh Review*, fall 2002, p.85.

⁶⁷ “Dit wordt plastisch ombeschreven als 'besmetting' ('the GPL is viral', of: als een virus). De onder de GPL vallende programma's 'besmetten' de ermee verbonden software”.

KOELMAN, K.J., “Terug naar de bron : open source en copyleft”, *Informatierecht/AMI* 2000-8, p. 149-155.

⁶⁸ “The modified work as a whole” (art. 2 GPL)

⁶⁹ Nadan donne un exemple, un peu exagéré, mais des plus parlant : “Imagine if one of the thousands of Microsoft software developers, working on his small piece of the franchise software product Microsoft Windows (a separate and independent work), while surfing the internet came across a few lines of GPL code and included them in his work, which eventually became part of Windows. According to the GPL, Windows would suddenly become an open source program, freely available to all”.

NADAN, Ch.H., “Open Source Licensing : virus or virtue?”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, spring 2002, p. 359.

*“Als echter van het oorspronkelijke programma onafhankelijke en scheidbare onderdelen zijn ontwikkeld, vallen die niet onder de voorwaarden, maar wanneer die onderdelen worden verspreid in een pakket waarin zij werken in combinatie met het oorspronkelijke programma, verklaart de GPL zich van toepassing op het geheel”.*⁷⁰

Les deux derniers alinéas de l'article 2, qui se veulent de nature purement explicative, tendent cependant à affirmer que le but n'est pas la contamination. Le dernier alinéa prévoit d'ailleurs que l'ajout d'un programme non-basé sur le programme sous GPL sur un même support ou dans un même packaging n'implique pas que la GPL s'applique à celui-ci. Cependant, nous soulignons que ce genre de raisonnement est cyclique, puisque cette affirmation dépend de ce qu'on entend par « work based on the program ».

Dans le cas d'œuvres dérivées, le fait d'imposer que ces programmes soient à nouveau distribués sous GPL paraît justifié puisque l'auteur de l'œuvre originale conserve une emprise légale sur l'œuvre dérivée. Par contre, lorsqu'il s'agit d'œuvres dépendantes, mais ne reprenant pas la moindre ligne de code distribué sous GPL, l'on peut se demander si cette « contamination » n'est pas une forme d'abus de droit intellectuel⁷¹. En effet, une règle générale prévoit qu'un contrat de licence ne puisse imposer d'obligation au preneur de licence pour une période qui dépasserait l'expiration du droit en question. Suivant le même raisonnement, le titulaire de droits intellectuels ne peut imposer ses conditions pour l'accomplissement d'un acte qui n'est pas couvert par son droit. Jusqu'à présent, le concept d'« incorporation conceptuelle ou fonctionnelle » de l'œuvre n'est pas, à notre connaissance, protégé par le droit d'auteur. Il s'agit d'un acte qui ne fait pas partie de l'ensemble des prérogatives de l'auteur.

d) Obligation de publier l'œuvre dérivée sous GPL : cession de droits patrimoniaux sur œuvre future ?

La personne qui modifie ou distribue le programme ou toute œuvre basée sur le programme indique qu'il accepte les termes de la GPL (article 5 GPL). Par cette acceptation, elle s'engage donc, entre autres, à distribuer sous GPL toute œuvre future basée sur le programme original.

Le programmeur acceptant la licence s'engage déjà à propos des droits d'auteur dont il bénéficiera sur une œuvre future. Faut-il considérer que cet engagement doit être appréhendé selon les règles édictées en matière de cession de droits patrimoniaux relatifs à des œuvres futures⁷² (art3, §2 LDA) ?

⁷⁰ KOELMAN, K.J., *op. cit.*, p. 149-155.

D'autres parlent de "tainting effect", voy. HORNE, N.T., "Open Source Software Licensing : using copyright law to encourage free use", *Georgia State University Law Review*, spring 2001, p.878.

⁷¹ Ce principe est également reconnu outre-atlantique. "Even if the open source license is binding, the copyleft provision may still not be enforceable as to independent proprietary code, in light of the intellectual property misuse doctrine. The doctrine is asserted as an affirmative defense to an intellectual property infringement claim. Much like an unclean hands defense, the misuse doctrine precludes enforcement of intellectual property rights that have been extended beyond the scope of those rights". Selon l'auteur, ce concept d'abus de droits intellectuels est déjà bien ancré en matière de "grantback" en droit des brevets. Il devrait en être de même en matière de « grantback » de copyright.

NADAN, *op. cit.*, p. 367.

⁷² Nous verrons, dans la section trois que le terme « cession » utilisé dans l'article 3 de la LDA doit s'interpréter au sens large, incluant également les simples « licences ». Cette cession n'est valable « que pour un temps limité et pour autant que les genres des œuvres sur lesquelles porte la cession soient déterminés. » (art.3, §2).

L'auteur du programme original octroie une licence sur base de ses droits sur une œuvre déjà réalisée. Les droits en question sont les droits d'adaptation et de reproduction. Cette licence est octroyée sous condition que l'œuvre dérivée résultante soit distribuée, si effectivement distribuée, sous GPL. Cette condition peut être qualifiée de résolutoire : le bénéficiaire de la licence conserve l'autorisation d'adaptation et de reproduction jusqu'au moment où le programme modifié serait distribué sous d'autres termes que ceux de la GPL⁷³. Si tel est le cas, le contrat est « résolu » et le bénéficiaire de la licence perd l'autorisation de l'auteur original.

Le programmeur qui accepte la licence est lié par la condition. La condition porte sur la façon dont il exercera, envers les tiers au contrat, ses droits patrimoniaux sur une future œuvre dérivée dont il sera l'auteur.

D'une part, il n'y a pas de « cession (ou octroi de licence) de droits sur œuvre future » mais engagement de se limiter quant à la façon d'exercer ces droits si l'auteur de l'œuvre dérivée décide de distribuer son programme modifié⁷⁴. D'autre part, en ce qui concerne les œuvres dérivées au sens de la loi, le problème se pose du fait que les droits d'adaptation et/ou de reproduction de l'auteur original sont concédés à l'avance, sous condition, ce qui crée cette impression d'œuvre future. Mais en définitive, l'auteur d'une œuvre dérivée a de toute façon besoin de l'accord de l'auteur original, et ce dernier peut toujours le donner sous condition.

Section 2. Communication au public ?

Nous avons déjà dit que la doctrine estimait que les auteurs de logiciels avaient également un droit de communication au public.

L'article 1, §1 LDA prévoit que ce droit concerne la communication au public sous quelque forme que se soit. Le fait que la communication se fasse au public, et non pas « en public » comme il était prévu dans la loi de 1886, a permis d'élargir la portée du droit pour qu'il concerne également un public formé de plusieurs personnes n'étant pas rassemblées dans un même endroit et ne percevant pas la communication simultanément. La doctrine belge interprétait d'ailleurs déjà l'article 1, §1 dans le sens que toute mise à la disposition du public soit considéré comme étant une communication au public.⁷⁵

D'après cette définition, la communication par Internet correspond déjà à une communication au public...

⁷³ “De GPL is een overeenkomst onder ontbindende voorwaarden. Als de voorwaarden worden geschonden, wordt de licentie automatisch ingetrokken”.

KOELMAN, K.J., *op. cit.*, p 149-155.

⁷⁴ En effet, la GPL ne force pas le programmeur, qui modifie le programme ou s'en sert pour créer une œuvre dérivée, de distribuer le programme résultant : la décision de publier ou pas lui revient. Voy. MILLER, “Allchin's folly : exploding some of the myth about open source software”, *Cardozo Art and Entertainment Law Journal*, 2002, p.497.

⁷⁵ GOTZEN, F., *op. cit.*, p.66.

Aux U.S.A., en matière de « musique on line », l'idée est déjà bien ancrée : le fait de rendre des fichiers musicaux disponibles sur Internet constitue une communication au public.⁷⁶

La directive « droit d'auteur et société de l'information » poursuit dans ce sens. Son article 3 consacre « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ». Il est admis que la dernière partie de cette phrase vise spécifiquement les services On Line.

Par contre dans son article 2, la directive prévoit « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie* ». La référence aux reproductions provisoires vise aussi bien des copies furtives qui émanent du transit des données à travers le web que le « caching », l'un des procédés clés d'Internet.⁷⁷

A première vue, la distinction classique entre la reproduction et la communication au public semble irrelevante dans le domaine des réseaux informatiques, vu que la seconde s'effectue à l'aide de la première. C'est la raison pour laquelle une certaine doctrine avant-gardiste proposa de laisser tomber cette *summa divisio* pour ne retenir qu'un droit large et inclusif « d'exploitation »⁷⁸. Cependant, d'autres auteurs, tels que Lucas⁷⁹ ou De Keersmaecker⁸⁰, défendent la division traditionnelle et son application dans la société de l'information. De Keersmaecker fait en effet une distinction intéressante entre Upload et Download dans son commentaire sur l'affaire Napster :

⁷⁶ "The American Society of Composers, Authors and Publishers (hereinafter "ASCAP") has, to date, successfully argued that every transmission of music on the Internet constitutes a public performance. ASCAP has argued that the public audience for a sound recording transmitted over the Internet does not need to be located in one place, or even one time. Since music on the Internet can often be downloaded at the convenience of the listener, it needs not to be broadcast to several listeners at a given time in order to constitute a performance. It is enough that a substantial number of listeners will, over time, access the recording. Thus, copyright law applies to all forms of music transmitted over the Internet".

BALABAN, D., "The Battle of the Music Industry: The Distribution of Audio and Video Works via the Internet, Music and More", *12 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 235, fall 2001, p. 241.

⁷⁷ Bernt Hugenholtz définit le caching comme étant "*the automatic creation of temporary copies of digital data (in a « cache ») in order to make the data more readily available for subsequent use*". Le caching intervient au niveau des Internet providers, afin d'économiser les communications et d'accélérer l'accès au web (« proxy »). Les copies temporaires concernent également l'ordinateur de l'internaute, où les données téléchargées d'Internet transitent par les fichiers temporaires (également un type de mémoire cache) et la RAM (Random Access Memory ou « mémoire vive »).

Voy. Entre autres : BERNT HUGENHOLTZ, P., "Caching and Copyright : The Right of Temporary Copying...", *E.I.P.R.*, 2000, p. 482 ; VERBIEST, Th., et WERY, E., « Les copies provisoires, techniques confrontées au droit de reproduction », *Les nouvelles frontières du droit d'auteur, Legicom*, N°25, 2001/2, p. 87 et s.

⁷⁸ CHRISTIE, A., « Reconceptualising Copyright in the Digital Era », *E.I.P.R.*, 1995, p. 527.

RAFECAS M., "L'étendue du monopole du droit d'auteur dans l'environnement numérique ou la nouvelle approche technique et économique du droit d'auteur dans la directive européenne du 22 mai 2001", Septembre 2001, <http://www.legalbiznext.com>, (section « mémoires »), (15 juillet 2002).

LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998, p.135 et s..

⁷⁹ LUCAS, A., *op. cit.*, p.135 et s.

⁸⁰ DE KEERSMAECKER, Ch., "Muziek op het Internet : auteurs- en naburige rechten op het spel ?", *A&M*, 2001, p. 96 et s.

*« Het **uploaden** van muziekbestanden in bovengenoemde zin dient beschouwd te worden als een vorm van openbaarmaking, waarvoor op grond van artikel 1, §1, lid 4, Auteurswet toestemming van de rechthebbende vereist is.*

[...]

*Het **downloaden** is een vorm van verveelvoudiging, waarvoor op grond van artikel 1, §1, lid 1, Auteurswet in beginsel toestemming van de auteursrechthebbende vereist is, tenzij er sprake is van het maken van een kopie in de privé-sfeer. »⁸¹*

Etant donné que la nouvelle directive sur le droit d'auteur et l'information a choisi de confirmer la différence entre le droit de reproduction et le droit de communication au public, refusant donc de fusionner les deux droits, nous ne pouvons que respecter ce choix et considérer la mise à disposition de logiciels sur Internet comme relevant du droit de communication au public.

Vu les développements qui précèdent, il nous semble que la GPL pose un problème de taille. Comme nous l'avons vu, l'article 0 stipule noir sur blanc que les actes autres que la copie, la modification et la distribution ne sont pas concernés par la licence. Donc, la communication au public n'est pas couverte par la licence. Ce qui implique que la communication de logiciels libres par l'Internet n'est pas couverte par la GPL et n'est donc pas libre... Cette conclusion est complètement aberrante compte tenu de la philosophie, du mode de fonctionnement et surtout de l'histoire du développement des logiciels libres. Il nous semble qu'il faille se rendre à l'évidence : la GPL sur ce point ne correspond pas à la pratique du logiciel libre, et le « copyleft » faillit à sa tâche d'encadrer juridiquement le logiciel libre. Inutile de dire que l'ajout de la « communication au public » dans la liste des prérogatives gérées par la licence et dans ses articles 0 à 2 (copie, modification, redistribution ET communication au public) résoudrait ce problème, qui semble plus issu d'un oubli que de la volonté des rédacteurs de la licence.

⁸¹ DE KEERSMAEKER, Ch., *op. cit.*, p. 100.

Chapitre III. Droits moraux

Les droits moraux classiques reconnus par la LDA sont le droit de divulgation, le droit de paternité et le droit d'intégrité.

En matière de logiciels, selon l'article 4 de la LPO, « *le droit moral se règle conformément à l'article 6bis, 1, de la Convention de Berne* ». Les programmeurs, auteurs de nouveaux programmes originaux, bénéficient de droits moraux, mais ceux-ci sont réduits au minimum imposé par la convention de Berne. Celle-ci reconnaît deux droits : le droit de paternité et le droit d'intégrité. Ce dernier est réduit à la possibilité de s'opposer à toute atteinte préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur.

§1. Droit de divulgation

Le droit de divulgation n'est pas reconnu par l'article 6bis de la convention de Berne, et, de ce fait, n'est pas prévu dans la LPO. Malgré le fait qu'il est clair que le législateur a expressément voulu instaurer un régime de droits moraux minimal pour les programmes informatiques, excluant le droit de divulgation, la doctrine n'est pas unanime quant à l'existence de ce droit dans le chef des programmeurs.⁸²

En matière de logiciel libre, l'existence ou non de ce droit n'a pas beaucoup d'importance, si ce n'est la question de la saisie des programmes, telle que prévue à l'article 1, § 2, al. 3 de la LDA.

Une certaine doctrine estime cependant que la « prérogative », reconnue par « les conventions sociales » du mouvement libre aux développeurs principaux de projets, de pouvoir décider de la « sortie officielle » d'une nouvelle version stable et complète du programme s'apparente au droit de divulgation⁸³. Si cette prérogative est « comparable », dans une certaine mesure au droit de divulgation, elle n'en est cependant pas une application. En effet, d'une part, le droit de divulgation doit normalement s'exercer par l'ensemble des auteurs de l'œuvre, et non par l'un d'entre eux. D'autre part, lorsqu'un auteur crée une œuvre dérivée (autrement dit, une « nouvelle version » du programme), bénéficiant de l'accord de l'auteur original (basé sur son droit d'adaptation), ce dernier ne partage pas le droit de divulguer l'œuvre dérivée avec son auteur.

§2. Droit de paternité

Contrairement aux logiciels « propriétaires », le droit de paternité est sans doute le droit le plus important en ce qui concerne les logiciels libres. En effet, la réputation étant la motivation principale des concepteurs de logiciels libres, qui visent à se faire rémunérer par la suite pour leurs services, le droit de paternité s'avère prépondérant dans ce schéma de « business method ».

⁸² STROWEL, A. et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 211.

⁸³ KOELMAN, K.J., *op. cit.*, p. 149 et s.

La GPL impose, pour l'exercice de chaque acte permis, que l'on respecte les notices de copyright et que l'on s'assure que celles-ci soient présentes sur toute copie. Lors de la modification du programme, le programmeur doit vérifier que la notice de copyright apparaît à l'écran lors de l'exécution du programme.

Il faut noter cependant que la notice de copyright n'implique pas que le nom des auteurs soit nécessairement mentionné. Ce serait en effet une violation du droit moral de paternité car celui-ci laisse le choix aux auteurs de mentionner leur nom ou pas. Ainsi, on pourrait imaginer qu'un auteur refuse qu'apparaisse son nom sur un programme modifié s'il estime qu'il y a des risques que la distribution de ce programme mette en jeu sa réputation.⁸⁴

§3. Droit d'intégrité

Le droit d'intégrité est minimal en ce qui concerne les logiciels. En effet, ce n'est pas le droit d'intégrité tel que prévu à l'article 1^{er}, §2, al.6 de la LDA, mais bien celui prévu à l'article 6bis de la convention de Berne qui s'applique. C'est donc uniquement dans le cas où la modification du programme porte préjudice à la réputation ou à l'honneur de son auteur que ce dernier peut invoquer son droit. Comme le rappellent cependant Metzger et Jaeger, une large majorité des logiciels sont des créations à but utilitaire et pas des œuvres artistiques témoignant de l'expression de la personnalité de leurs auteurs. Pour cette raison, Metzger et Jaeger rappellent que les cas où ce droit d'intégrité pourrait entrer en jeu sont exceptionnels, citant l'exemple de programmes présentant un design artistique.⁸⁵

Une fois de plus, il nous faut à nouveau considérer l'économie des logiciels libres et rappeler que la réputation des auteurs est quelque chose d'essentiel. Etant donné que ce gain de renom est la seule récompense du travail fourni, les auteurs risquent d'être beaucoup plus sensibles aux atteintes portées à ce dernier.⁸⁶

La GPL oblige toute personne qui distribue le programme modifié d'insérer une notice prévenant l'utilisateur de la modification apportée. L'on peut estimer que cette clause est en quelque sorte liée au droit d'intégrité, même si en définitive, il s'agit plus d'une condition imposée en échange de l'autorisation de modifier et de redistribuer le programme.

⁸⁴ METZGER, A., et JAEGER, T., *op. cit.*, p. 66.

⁸⁵ METZGER, A., et JAEGER, T., *op. cit.*, p. 64.

⁸⁶ *Idem.*

Titre III

GPL et règles contractuelles

Si la GPL est peut-être la matérialisation des principes de copyleft assurant la pérennité du logiciel libre elle n'est toujours qu'un contrat de licence conclu entre deux parties, à savoir le titulaire des droits et le bénéficiaire de la licence. Celle-ci doit donc répondre à des règles contractuelles.

Le droit d'auteur impose certains formalismes en matière de licence. En effet, dans le souci de protéger les auteurs primaires, qui sont souvent les parties faibles aux contrats, le législateur belge a édicté plusieurs règles contractuelles en leur faveur. Nous analyserons l'adéquation de la GPL à ces règles dans un chapitre premier.

La GPL est un contrat de licence informatique. Depuis quelques dizaines d'années s'est développé un « droit de l'informatique » dont la fonction est de réguler pareils contrats. Dans un chapitre 2, nous appliquerons certains principes issus de ce droit à la GPL.

Chapitre I. Règles contractuelles du droit d'auteur

La question abordée dans ce chapitre est de savoir dans quelle mesure l'article 3 de la LDA doit être pris en considération en ce qui concerne la GPL et si cette dernière répond aux exigences de cet article.

Le paragraphe 3 concerne les contrats de travail et de commande. Il est clair qu'un logiciel libre peut voir le jour ou être utilisé dans ces cadres spéciaux, mais le fait que le titulaire des droits décide de distribuer le programme sous GPL n'apporte rien de bien particulier à la situation (si ce n'est que dans le cas du contrat de travail, l'article 3 de la LPO présume, sauf preuve contraire, une cession de droits en faveur de l'employeur, ce qui a pour conséquence que le titulaire des droits – l'employeur - ne bénéficiera pratiquement jamais des règles de formalité protégeant les auteurs originaires). Le paragraphe 2 concerne la cession de droits sur œuvre future. Nous avons déjà abordé le problème dans la section 2 de ce chapitre. C'est donc le paragraphe 1 de l'article 3 de la LDA qui retiendra notre attention.

La GPL n'effectue pas de « transfert de droits définitifs » et n'opère pas de cession de droits au sens strict. Cependant, la doctrine estime que le terme « cession » de l'article 3 doit s'entendre de façon large : l'article 3 concerne aussi bien les contrats de transfert de droits que de licence.⁸⁷ D'autre part, ces dispositions impératives ne concernent que les auteurs originaires. L'article 3 devra s'appliquer non seulement en faveur des auteurs de l'œuvre primaire qui distribuent l'œuvre sous GPL, mais également en faveur des auteurs d'œuvres dérivées, qui doivent aussi offrir des licences concernant leurs droits selon les termes de la GPL.

Section 1. Preuve par écrit

L'article 3, § 1, al. 2 de la LDA prévoit que « tous les contrats se prouvent par écrit ». Cette obligation ne vaut qu'à l'égard de l'auteur originaire. Dans le cas de la GPL le contrat est « écrit » (généralement fourni avec le programme ou du moins toujours disponible sur le site GNU.org), mais celui-ci n'est pratiquement jamais signé. La GPL est souvent comparée aux licences « shrink-wrap » ou « clic-wrap » communes en matière de contrat informatique. En effet l'article 5 de la GPL prévoit :

“Therefore, by modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it”.

Ces types de licences sont utilisés par les grands producteurs de softwares « propriétaires ». Ceux-ci n'étant pas auteurs originaires, la règle de preuve de l'article 3 de la LDA ne leur est pas applicable.

Au contraire, la GPL est concédée généralement par des personnes ayant la qualité d'auteurs originaires (d'autant plus que l'article 6 de la GPL évite les sous-licences en prévoyant un système où la licence est toujours octroyée par les titulaires originaux). De plus,

⁸⁷ STROWEL, A., et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 104, n°113.

les actes permis par la GPL sont beaucoup plus importants et placent les bénéficiaires de la licence dans une situation plus « dépendante » de ces autorisations. Résumons la situation par un exemple : supposons qu'un génie informatique développe un logiciel libre, distribué sous GPL et qui servirait de base à une future génération d'OS, et que cet OS déferle sur le marché belge. Supposons que cette personne se désolidarise du mouvement libre et prétende qu'il n'a jamais accordé de licence permettant la reproduction, l'adaptation et la redistribution de son programme : personne ne serait en mesure de présenter l'écrit probatoire exigé par la loi belge.

Cette condition d'écrit probatoire n'est pas une condition de validité. Les licences GPL sont valides, mais il semble qu'elles créent un schéma d'insécurité généralisé si l'on en vient à la matière de la preuve. Cette situation s'améliorera sans doute quand l'usage de la signature électronique deviendra monnaie courante en matière d'acte sous seing privé (art. 1322 du code civil).

Section 2. Stricte interprétation

L'article 3, §1er al. 3 prévoit que « Les dispositions contractuelles relatives au droit d'auteur et à ses modes d'exploitation sont de stricte interprétation ». Nous nous sommes déjà basés sur cette règle d'interprétation au titre II, chap.2, section 1, §2 point a).

Nous n'ajouterons qu'une simple remarque. Dans le cas d'une licence « subversive » telle que la GPL, une règle d'interprétation stricte risque d'entrer en contradiction avec l'esprit du logiciel libre. En effet, la règle de l'interprétation restrictive, tout comme les autres règles impératives de la loi, est édictée en faveur des auteurs. Or la GPL fut créée non pas pour protéger les auteurs mais pour garantir la liberté des logiciels...

Section 3. Mentions obligatoires

Selon l'article 3, §1, al. 4 de la LDA :

« Pour chaque mode d'exploitation, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession doivent être déterminées expressément ».

En ce qui concerne les modes d'exploitation, ceux-ci sont plus limités pour les logiciels que pour les œuvres classiques. Il nous semble que la GPL détermine avec suffisamment de précision les actes permis aux bénéficiaires de la licence : copie verbatim, distribution de ces copies, modification du programme, distribution de ces programmes modifiés ou dérivés. L'article 0 de la GPL parle également de traduction dans un autre langage et confirme que le fait d'utiliser et d'exécuter le programme n'est aucunement restreint⁸⁸.

⁸⁸ Gomulkiewicz estime cependant que la GPL est ambiguë au sujet de ces derniers actes. Pour l'auteur, affirmer que ces actes ne sont pas restreints n'est pas garantir explicitement que ces actes sont permis. GOMULKIEWICZ, R.W., *op. cit.*, 2002, p.85.

Pour ce qui est de la rémunération de l'auteur, la réponse est évidente et clairement écrite dans le texte : il n'y en a pas.

L'étendue et la durée de la licence posent problème. La GPL ne mentionne pas l'étendue géographique de sa portée ni la durée pour laquelle la licence est concédée. Contrairement au législateur français⁸⁹, le législateur belge n'a pas prévu de sanction en cas d'absence de ces mentions. Pour résoudre ce problème, Strowel et Derclaye prônent l'application de la règle de l'interprétation restrictive. « La cession sera limitée à ce qui a été convenu, mais le juge pourra rechercher l'intention des parties »⁹⁰. Il est clair que dans le cas qui nous préoccupe, la licence concerne l'ensemble du globe et la durée est celle de la protection par le droit d'auteur.

Section 4. Formes d'exploitation inconnues

Selon l'article 3, §1^{er}, al. 6 de la LDA :

« La cession des droits concernant des formes d'exploitation encore inconnues est nulle ».

D'après la doctrine, la forme d'exploitation inconnue est celle qui est imprévisible au moment de la conclusion du contrat⁹¹. En ce qui concerne les logiciels, une certaine doctrine estime que le simple fait d'utiliser un programme sur un nouvel autre « type » d'appareil (desktop, laptop, réseau, notebook), ou encore, le fait de le distribuer sous d'autres formes, peut déjà être considéré comme un nouvel usage.⁹²

L'article 9 de la GPL prévoit que la Free Software Foundation peut modifier la GPL en fonction de la survenance de nouveaux problèmes ou intérêts. D'après cet article, l'auteur qui décide de distribuer son programme sous GPL peut soumettre celui-ci à une version (numérotée) de la GPL ou toute version postérieure. S'il ne spécifie rien, le bénéficiaire de la licence peut choisir quelle version appliquer. Ces nouveaux problèmes ou intérêts peuvent très bien concerner des usages nouveaux du programme. Dans ce cas, accepter qu'une version postérieure de la GPL puisse s'appliquer au programme consiste en une cession de droits concernant des formes d'exploitation inconnues prohibée par l'article 3 de la LDA.

Section 5. Cession de droits sur des œuvres futures

Ce problème aurait pu concerner le bénéficiaire de la licence. Nous avons vu que ce n'était pas le cas dans le titre II, chapitre 2, section 1, §2, point d) et y renvoyons le lecteur.

⁸⁹ « Un autre problème, beaucoup plus grave, est que d'après la loi française, l'auteur d'un logiciel libre peut à tout moment « invoquer » la nullité de la licence de ce logiciel, et ce pour une simple raison d'écriture de la licence. [...] En clair, cela veut dire qu'en France, ou bien ailleurs si l'auteur est français, ce qui est GPL pourrait repasser propriétaire du jour au lendemain ».

ROJINSKY, C. et GRYNBAUM, V., *op. cit.*, p. 32

ROJINSKY, C., et GRYNBAUM, V., « Le libre mérite mieux que ces licences approximatives », 6 octobre 2002, http://www.linuxfrench.net/article.php3?id_article=1043 (15 juillet 2003)

⁹⁰ STROWEL, A., et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 111.

⁹¹ STROWEL, A., et DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 115.

⁹² METZGER, A., et JAEGER, T., *op. cit.*, p. 67.

Chapitre 2. Contrat informatique

Traditionnellement, le contrat de licence informatique est perçu comme un contrat de louage⁹³. Pour certains, un logiciel libre s'acquérant souvent gratuitement, il s'agira plutôt d'un commodat ou prêt à usage⁹⁴. Quant à nous, l'idée de vouloir absolument faire entrer les licences de logiciels dans une des qualifications classiques des contrats nous semble présenter le risque de dénaturer ces licences, et nous opterions plutôt pour le contrat innomé. Loin de nous l'idée d'étudier de manière détaillée la GPL sous l'angle du droit des contrats et d'analyser systématiquement si cette dernière en remplit les conditions nécessaires⁹⁵. Ainsi dans ce chapitre, nous nous contenterons de soulever quelques points caractéristiques de la GPL, soit parce qu'ils sont épineux, soit parce qu'ils présentent un intérêt particulier.

Section 1. Consentement

L'une des conditions essentielles à la conclusion d'un contrat est le consentement des parties. En effet, le contrat n'existe qu'à la rencontre des volontés des parties. L'acte le plus emblématique qu'une partie puisse poser pour marquer son accord, et qui en servira de preuve, est la signature du contrat qui reprend les termes de la convention. Cependant, à notre époque où la distribution informatique s'effectue en masse, l'idée d'obtenir la signature de tout consommateur sur un contrat écrit est illusoire.

Le monde informatique dut innover en matière de contrat et les producteurs de logiciels ont redoublé d'ingéniosité afin d'imposer leurs conditions de manière contractuelle aux utilisateurs de leurs produits. Sont ainsi apparues les licences Shrink-wrap⁹⁶ et Click-wrap⁹⁷. Ces licences, qui se présentent sous la forme de contrats d'adhésion et qui présument que l'accomplissement de certains actes physiques par l'utilisateur emporte son consentement, font toujours couler à flot l'encre doctrinale⁹⁸... Il n'est pas dans notre intention de développer toutes les controverses relatives à ce type de licences, mais plutôt d'apprécier si la GPL pourrait éventuellement être assimilée à ces contrats.

L'article 5 de la GPL prévoit :

⁹³ THOLE, E.P.M., *Software, een 'novum' in het vermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 165.

COIPEL, M., et POULLET, Y, "Introduction aux concepts juridiques", *Le droit des contrats informatiques*, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 31.

⁹⁴ CLEMENT-FONTAINE, M., *La licence publique générale GNU*, op. cit.

⁹⁵ Pour une analyse approfondie, voy. CLEMENT-FONTAINE, M., *La licence publique générale GNU*, op. cit.

⁹⁶ La licence "shrink-wrap" est une licence qui figure sur les emballages plastiques des supports de programmes et qui stipule que le fait de déchirer le dit emballage suppose que l'utilisateur agréé les termes et conditions de la licence.

⁹⁷ La licence « clic-wrap » s'est développée dans l'environnement d'Internet. Vu que le réseau permet la livraison de copies de programmes sans l'aide de supports, la licence « shrink-wrap » était inapplicable. Il a donc fallu adapter celle-ci à ce genre de distribution. Le système consiste à ne permettre à l'utilisateur d'accéder au programme que lorsqu'il a parcouru les termes de la licence apparaissant à l'écran. L'utilisateur doit signifier qu'il a pris conscience des termes en « cliquant » sur un bouton de l'écran une fois que le document ait entièrement défilé à l'écran.

⁹⁸ Voy. par exemple GIROT, C., « La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998/1, p. 7 et s. ; ROWLAND, D., et CAMPBELL, A., « Supply of Software : Copyright and Contract issues », *International Journal of Law and Information Technology*, 2002, Vol. 10, n°1, p. 28 et s.

“You are not required to accept this License, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Program or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this License. Therefore, by modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it”.

Cette clause est pour le moins énigmatique. Deux situations peuvent être analysées.

§1. Utilisation du programme

La GPL constate d’abord l’absence de signature, ce qui à première vue implique le fait que l’utilisateur du programme puisse prétendre ne pas accepter les termes de la licence. Concernant le simple usage du programme, ce sont les seules données que nous avons en main. Washa conclut que l’utilisateur n’a pas besoin d’accepter la licence pour installer le programme, le tester, l’analyser ou l’utiliser. D’emblée, un premier problème survient. Quid des articles 11 et 12 de la GPL concernant le refus de garantie et l’exonération de responsabilité ? En effet, même si la GPL ne parle jamais du droit d’usage (sauf en termes généraux dans l’article 0, cfr. supra), ces articles 11 et 12 s’adressent cependant principalement aux utilisateurs... De plus, l’utilisation d’un programme requiert l’autorisation des titulaires de droits d’auteur sur ce programme. Le simple fait d’utiliser un logiciel implique des actes concernés par les prérogatives de l’auteur (reproduction sur le disque dur, copies temporaires...). Comment justifier le fait que l’utilisateur ait acquis ces droits sans même les accepter ? Cette situation est peut-être comparable à la renonciation à certains droits par les auteurs qui choisissent de « placer » leurs programmes dans les limbes légales du « domaine public ». Pourrait-on parler d’ « acte unilatéral d’abandon » (tel que défini par la théorie générale du droit⁹⁹) des droits concernant l’usage du logiciel ? Aucune solution légale n’est vraiment satisfaisante pour expliquer logiquement pareille clause. Peut-être eut-il mieux fallu préciser que « l’usage du programme suppose l’acceptation des termes de la licence », auquel cas l’analyse poursuivie dans le paragraphe suivant s’appliquerait également en ce qui concerne l’utilisation du programme.

⁹⁹ Voy. DE PAGE, H., et DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 5, Bruxelles, Bruylant, 1941, p. 370, n°824.

§2. Copie, modification et redistribution

Ensuite, la GPL instaure le principe suivant lequel si l'utilisateur prétend ne pas accepter les termes de la licence, il n'obtient pas l'autorisation des titulaires de droits d'auteur de copier et modifier le programme ; ceci implique que la personne accomplissant ces actes en prétendant ne pas accepter la licence le fait dans l'illégalité. La licence conclut donc que le fait de copier ou modifier le programme entraîne l'acceptation de celle-ci. A première vue, l'on pourrait comparer ce type d'acceptation à celui rencontré dans les licences « shrink-wrap » et « clic-wrap » puisqu'elle est déduite de l'accomplissement physique d'un acte, à savoir copier ou modifier le programme¹⁰⁰. Cependant, à la différence de ces licences, il se peut que l'utilisateur du programme ne soit même pas confronté aux termes de la licence. La licence « shrink-wrap » figurant sur l'emballage, l'utilisateur du programme ne peut qu'avoir l'attention attirée sur cette dernière. De même, la licence « clic-wrap » apparaît à l'écran, empêchant l'utilisateur d'aller plus loin dans l'acte d'accéder ou d'installer le programme sans au préalable faire défiler les termes de la licence sous ses yeux et cliquer sur le bouton « I accept ». A l'inverse, la GPL ne sera en général qu'un fichier parmi d'autres dans une distribution en package comprenant d'innombrables fichiers de toutes espèces. L'usage, la copie ou la modification du programme ne sont pas subordonnés à la lecture de ce fichier. L'utilisateur voulant consulter la GPL trouvera ce fichier aisément ; celui qui ne s'en souciera pas demeurera dans l'insouciance.

En fait, il nous semble que la licence GPL dans ses forme et présentation actuelles ne correspond pas et ne peut être assimilée aux licences « shrink-wrap » et « clic-wrap ». Selon nous, la GPL serait plutôt, (et cela n'est guère rassurant), comparable à une licence « browse-wrap ». La licence « browse-wrap » consiste à fournir, sur la page Internet où l'on peut « downloader » les logiciels concernés, un lien hypertexte renvoyant à une page Internet contenant les termes de la licence. Il s'agit donc d'une licence qui n'apparaît pas systématiquement aux yeux de la personne voulant télécharger le programme, mais que cette dernière est invitée à consulter.

La jurisprudence américaine a tiré à boulets rouges sur ce type de licences¹⁰¹, les refusant catégoriquement. Elle a logiquement et rapidement conclu que le simple fait de downloader le programme ne pouvait pas être considéré comme la preuve de l'assentiment aux termes du contrat. Elle estima à raison que l'acte de downloader était ambigu : en effet, cet acte est accompli dans le but d'obtenir le programme et non de manifester son consentement. Il est clair que ce genre de pratique ne ferait également pas long feu dans nos contrées...

¹⁰⁰ WASHA, J.B., *op. cit.*, p.23.

¹⁰¹ Specht v Netscape Communications Corp (Unreported, July 3, 2001) (SD NY (US)).

Voy. STERN, R.H., "United States: computers – Browse wrap licensing not valid", *E.I.P.R.*, 2001, p. N155 et s.

§3. Invalidité du contrat ?

En résumé, la GPL présente de gros problèmes de validité du contrat, le consentement du bénéficiaire de la licence n'étant pas certain. Que se passe-t-il si la licence est déclarée invalide ? Selon Nadan :

“With respect to the software owned by the distributor, providing it to a user without any express (or at least enforceable) terms or conditions can create an implied license to exploit the work on reasonable terms.”¹⁰²

“Implication of a license depends upon all the circumstances, including the parties' conduct, the terms of applicable written agreements and correspondence, the reasonable expectations of the parties, the dictates of fairness and equity, and the policies underlying the intellectual property system.”¹⁰³

L'application de cette doctrine paraîtrait suspecte au regard du droit belge, spécialement lorsqu'il s'agit de la GPL. Nous avons vu que les programmes sous GPL étaient généralement distribués directement par leurs auteurs originaires. Nous avons également vu que des règles strictes en matière de contrat de licence en droit d'auteur s'appliquaient en faveur de ces derniers ; pensons aux règles de la preuve par écrit et de l'interprétation restrictive. Ces deux règles nous semblent en effet contraires au concept de licence implicite. D'autre part, nous remarquons que cette licence implicite ne concernerait que le droit d'usage du programme.

Mais en définitive, quand le bénéficiaire d'une licence GPL aurait-il vraiment intérêt à invoquer l'invalidité de la licence ? En effet, généralement, la validité des licences « shrink-wrap » et « clic-wrap » de logiciels standards est remise en question par leurs utilisateurs parce que ceux-ci se voient imposer des conditions d'usage très restrictives accompagnées de clauses inéquitables d'arbitrage, de limitation de responsabilité... Or ici, mis à part les clauses de refus de garantie et d'exonération de responsabilité, la licence se veut extrêmement permissive, et l'invalidité de celle-ci risque vite de se retourner contre le bénéficiaire de la licence ; rappelons-nous le cas où il a créé une œuvre dérivée et la distribue.

¹⁰² NADAN, C.H., *op. cit.*, p. 365.

¹⁰³ NADAN, *idem*, reprenant DRATLER, J., *Licensing of Intellectual Property*, § 3.04[1] (9th ed. 2000).

Section 2. Refus de garantie et exonération de responsabilité

Les deux derniers articles de la GPL sont rassemblés dans une section particulière, écrite en majuscule et appelée “no warranty”. Il s’agit de clauses qui refusent de fournir toute garantie concernant le programme (article 11) et qui refusent toute indemnisation en cas de dommages causés par le programme (article 12). Ce genre de clauses n’est pas typique aux logiciels libres. Les producteurs de logiciels standards incluent souvent des clauses de limitation de garanties « as is » - ou WYSIWYG (what you see is what you get)¹⁰⁴ - et des clauses de limitation de responsabilité. Ces clauses sont en principe admises aux USA, pourvu qu’elles soient des plus explicites¹⁰⁵. Elles sont aussi généralement valables en Europe (sauf en cas de dol ou faute lourde), mais sont limitées par différentes dispositions légales : ces clauses sont souvent susceptibles d’être écartées par les tribunaux européens, les considérant comme nulles¹⁰⁶. Les rédacteurs de la GPL ont d’ailleurs eut la sagesse de prévoir dans ces articles 11 et 12 que ces limitations ne s’appliquent que dans la mesure permise par les lois en vigueur.

§1. Obligation de garantie contre les vices cachés

La première disposition légale à laquelle on pourrait penser et qui pourrait restreindre la clause de refus de garantie de la GPL est l’obligation légale de garantie contre les vices cachés. Cette obligation est reconnue en matière de vente aux articles 1641 et suivants du code civil belge. Elle a été étendue au contrat de louage d’ouvrage et la doctrine s’accorde à appliquer ces principes en matière de fourniture informatique¹⁰⁷.

Il nous semble cependant que la GPL, en tant que telle, ne peut pas être considérée comme étant un contrat de fourniture informatique. En effet, l’auteur du programme ne s’engage à rien si ce n’est de permettre l’accomplissement de certains actes vis-à-vis de son œuvre. On ne peut donc pas parler d’obligations de délivrance, de conformité, etc. telles qu’en vigueur dans les contrats de fournitures informatiques.

La doctrine s’accorde sur le fait que la qualification du contrat de licence est déterminante afin de décider s’il faut appliquer l’obligation de garantie de vices cachés ou non. Cependant, elle diverge fortement au niveau de la qualification du contrat. Certains auteurs déduisent, du fait que la jurisprudence française reconnaisse l’application de l’obligation de garantie des vices cachés en matière de contrat de fourniture informatique, que cette garantie s’applique également aux logiciels libres¹⁰⁸. D’autres qualifient la GPL de

¹⁰⁴ BOND, R., *op. cit.*, p.100.

¹⁰⁵ SEDAILLAN V., « Garanties et responsabilités dans les logiciels libres », <http://www.internet-juridique.net> (16 août 2003), p. 9.

¹⁰⁶ POIDEVIN, B., « Quel droit pour les logiciels libres ? », http://www.jurixexpert.net/site/fiche.cfm?id_fiche=1354 (27 juillet 2003)

¹⁰⁷ GOBERT, D., et MONTERO, E., « Les obligations de conformité et de garantie de vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Revue Ubiquité – droit des technologies de l’information*, n°11, janvier 2002, p. 9 et s.

D’après ces auteurs, le contrat de fourniture informatique peut soit être qualifié de vente, soit de louage d’ouvrage.

ROJINSKI, C., et GRYNBAUM, V., *op. cit.*, p.35.

¹⁰⁸ ROJINSKI, C., et GRYNBAUM, V., *op. cit.*, p.35.

contrat de location ou contrat de prêt et estiment que la clause de refus de garantie ne serait pas illégale¹⁰⁹.

Quant à nous, estimant que la seule qualification raisonnable (en droit civil) en matière de GPL serait celle de contrat innomé, cette clause de refus de garantie de la part du (ou des) auteur(s) du programme nous paraît tout à fait valide.

Par contre, nous insisterons sur les termes de l'article 1 de la GPL :

« You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee. »

Ainsi nous pensons que la personne qui utilisera le programme afin de l'insérer dans un autre programme ou un package, et qui vendra ce produit informatique à des consommateurs en présentant ce dernier comme étant la solution à tels ou tels problèmes, pourra se voir qualifier de « venderesse » selon l'article 1641 du code civil, (ou du moins « fournisseur informatique »), et sera donc tenue par l'obligation de garantie contre les vices cachés.

§2. Responsabilité du fait des produits défectueux

Nous avons vu que l'article 12 de la GPL stipulait que les titulaires de droits d'auteur, ainsi que tout bénéficiaire de la GPL qui distribuerait et/ou modifierait le programme, n'étaient responsables d'aucun dommage causé par le logiciel. L'article 12 de la directive 85/374/CEE stipule cependant que la responsabilité du producteur d'un produit défectueux ne peut être limitée ou écartée par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité¹¹⁰.

La question est évidemment de savoir si cette directive est applicable aux logiciels distribués sous GPL.

La commission a déclaré que la directive s'appliquait aux logiciels¹¹¹. En effet, les logiciels sont des **produits** au sens de la directive, puisque ces derniers sont définis de façon très large comme étant « tout meuble, à l'exception des matières premières agricoles et des produits de la chasse » (article 2).

Le produit doit être mis en circulation ; c'est le cas des logiciels distribués sous GPL.

Le produit doit également avoir été fabriqué « pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique du producteur » ou avoir été fabriqué ou distribué dans le cadre de la vie professionnelle du producteur (article 7, c). Même si l'on peut parfois prétendre que les logiciels libres ne sont pas fabriqués pour la vente, nous avons vu que le but essentiel des créateurs de logiciels libres et de toute personne prenant part à leur développement était d'accroître leur réputation afin de pouvoir se faire rémunérer leurs services ultérieurs : il y a donc certainement un but économique indirect. La plupart des programmeurs de logiciels libres sont également professionnels de l'informatique, mais il est

¹⁰⁹ CLEMENT-FONTAINE, M., *op. cit.*

¹¹⁰ Directive (85/374/CEE) du conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, transposée en droit belge par la loi du 25 février 1991, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (MB, 22 mars 2001).

¹¹¹ Rép. Min. 15 novembre 1988, JOCE 8 mai 1989, C 144 p. 42.

vrai que ce n'est pas toujours dans le cadre de leur profession qu'ils créeront ou modifieront un logiciel libre. En définitive, il nous semble que le fait de savoir si le logiciel en question répond aux critères de la directive s'appréciera au cas par cas.

Les créateurs de logiciels libres peuvent-ils être considérés comme des **producteurs** ? D'après l'article 3 de la directive, ce terme désigne « le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première ou le fabricant d'une partie composante, et toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ». Les titulaires de droits d'auteur sur un logiciel libre, ainsi que toute personne ayant modifié le programme, semblent pouvoir être perçus comme fabricants d'un produit fini ou d'une partie composante. De plus, ils apposent leurs noms sur le logiciel. La qualité de producteur de ces personnes ne fait donc aucun doute.

Nous pouvons conclure que les règles légales en matière de responsabilité du fait des produits défectueux seront susceptibles de s'appliquer aux logiciels libres, mais qu'il faudra analyser la situation au cas par cas. Si l'on applique ces règles, encore faudra-t-il par la suite que l'utilisateur du logiciel prouve le fait que le produit était défectueux, le dommage qu'il a subi et le lien de causalité. De plus, sont seuls pris en compte en tant que dommages les lésions corporelles et les dommages aux « choses » autres que le produit défectueux.

§3. *Clauses abusives*

Enfin, les articles 11 et 12 de la GPL pourraient être considérés comme étant des clauses abusives selon la directive 93/13/CEE¹¹².

Est abusive la clause d'un contrat qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat (article 3, al.1 de la directive). Les clauses des contrats d'adhésion sont toujours considérées comme étant des clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation (article 3, al.2). Or nous avons vu que la GPL était un contrat d'adhésion. La doctrine estime qu'une clause d'exonération totale de responsabilité en matière de distribution de logiciels risque souvent d'être considérée comme abusive.¹¹³ En matière de GPL, il nous paraît nécessaire, pour déterminer si la clause est abusive ou non, de faire une distinction entre la distribution gratuite et la distribution payante. Lorsqu'un logiciel libre est obtenu gratuitement, il nous semble que les clauses des articles 11 et 12 de la GPL sont moins susceptibles d'être la source d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties : l'utilisateur du logiciel ne payant rien, ses obligations envers son co-contractant sont peu importantes. Par contre si la distribution est payante, l'utilisateur peut s'attendre à ce que la responsabilité de son distributeur soit plus importante.

Encore faut-il, pour que la loi s'applique, que le contrat soit conclu entre un professionnel et un consommateur. Toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle est considérée comme un consommateur. Un

¹¹² Directive 93/13/CEE du conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, transposée en droit belge pas la loi du 7 décembre 1998, modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. (*M.B.*, 23 décembre 1998).

¹¹³ SEDAILLAN, V., *op. cit.* p.10.

professionnel est une personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée (article 2). Ces conditions peuvent parfois être réunies en matière de logiciels libres distribués sous GPL.

Les articles 11 et 12 de la GPL sont donc susceptibles d'être écartés sur base de la législation sur les clauses abusives. Il faut cependant analyser les situations au cas par cas, en considérant les diverses conditions d'application. Certains auteurs recommandent certaines modifications de la GPL afin que ses articles 11 et 12 ne soient pas considérés comme des clauses abusives. Il suffirait en effet, d'une part, de stipuler que les logiciels libres sont destinés à des informaticiens professionnels ou à des développeurs expérimentés¹¹⁴. Ceci réduirait les probabilités que le co-contractant soit qualifié de consommateur. D'autre part, les informaticiens peuvent très bien se servir de logiciels libres hors du cadre de leur travail : la doctrine conseille également aux rédacteurs de la GPL de remplacer l'exonération de responsabilité par une clause limitant l'indemnisation à un montant maximal¹¹⁵.

Section 3. Disponibilité des codes sources

En général, l'accès aux codes sources est un des points les plus sensibles en matière de rédaction de contrat de fourniture informatique. En effet, les producteurs de programmes « propriétaires » auront toujours tendance à ne pas divulguer les codes sources et à les protéger sous la forme de secrets commerciaux¹¹⁶. En matière du droit de l'informatique, certains principes généraux se sont développés. Dans les contrats de développement de logiciels sur mesure, les codes sources sont généralement considérés comme accessoires aux programmes fournis en code objet. Par contre, la distribution de logiciels standards s'effectue généralement sans les codes sources.¹¹⁷ Entre ces deux extrêmes, l'enjeu de l'accessibilité aux codes sources se jouera lors d'après négociations. Des situations d'entre-deux sont envisageables. Les contrats d'escrow ont souvent été considérés comme étant des intermédiaires raisonnables¹¹⁸.

L'un des plus grands avantages des licences « open source » et de la GPL est bien évidemment la divulgation systématique et obligatoire des codes sources. Toute polémique à ce sujet est donc d'office évitée. Cette situation efface tout sentiment de dépendance, d'insécurité, et donc de méfiance qu'éprouvent les utilisateurs des programmes : peu importe le distributeur qui leur a fourni ou « customisé » le programme, ils auront la possibilité d'assurer la maintenance de leur système informatique.

¹¹⁴ BAILLY, Y., « La protection juridique des logiciels libres », <http://www.droit-technologie.org/> (27 juillet 2003)

¹¹⁵ BAILLY, Y., *op. cit.* ; SEDAILLAN, V., *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁶ GOMULKIEWICZ, R.W., *op. cit.*, 1999, p. 181

¹¹⁷ GOBERT, D., et MONTERO, E., *op. cit.*, p. 9 et s.

¹¹⁸ Voy. par exemple, SLAGER, J., BUTH, A.H., CORDEMEYER, B.A.M, et HERMANS, T.J., *Werken met source code escrow*, Antwerpen, Kluwer, 1990.

Conclusion

« Copyright is dead »¹¹⁹. Ainsi commence l'article de Lunney consacré au Digital Millennium Copyright Act (comparable à notre directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de l'information). Moglen, un des participants à la rédaction de la GPL, renchérit : « free softwares and the death of copyright ». La doctrine américaine serait-elle obsédée par la vision morbide d'un noir destin pour le droit d'auteur ?

La comparaison entre ces deux articles est pour le moins étonnante.

Lunney prévoit la mort du droit d'auteur sur base des nouveaux principes qui permettent de protéger les œuvres au-delà de la protection par le droit d'auteur traditionnel. En effet, les nouveaux traités internationaux de l'OMPI de 1996 consacrent la protection des mesures techniques. Celles-ci permettent un contrôle plus étendu sur les œuvres que celui prévu par le droit d'auteur classique¹²⁰.

A l'inverse, Moglen parle de la mort du droit d'auteur en argumentant que ce dernier, de même que la propriété intellectuelle en général, ne correspond pas à la technologie digitale actuelle. Après avoir expliqué que la philosophie sous-jacente du droit d'auteur (l'idée du droit d'auteur comme stimulant et récompense des auteurs) n'est pas correcte, il nous démontre que l'aspect d'appropriation du code informatique est paradoxal. De là l'idée de créer l'« anti-droit d'auteur » ou « copyleft ».

Ainsi, l'on se rend compte que l'un estime que le droit d'auteur se meurt par le renforcement à outrance des pouvoirs des titulaires de droits, tandis que l'autre nous annonce la fin des droits d'auteur par l'abandon de ceux-ci.

Il nous semble, au contraire, que ces deux extrêmes sont issus du développement d'un droit d'auteur toujours bien vivant. Il est vrai que l'équilibre fondamental du droit d'auteur s'ébranle par l'apparition de nouvelles technologies et de nouveaux enjeux. Mais le droit d'auteur a su se montrer réactif et, même si ses réponses sont parfois exagérées ou peu satisfaisantes, celles-ci sont les signes de sa vigueur.

En parlant du pouvoir d'adaptation du droit d'auteur, nous en voulons pour preuve la GPL. Quoi de plus admirable qu'un droit qui permette l'élaboration de son contraire... qu'un système basé sur l'appropriation intellectuelle des œuvres autorise les auteurs à refuser, par le biais de contrats de licence, cette appropriation et à empêcher quiconque de la revendiquer, de sorte que la communauté entière en profite ?

Bien entendu, nous avons vu que le système du copyleft présentait des failles en droit belge. Mais quoi de moins étonnant ? Le copyleft est le pendant du copyright, c'est-à-dire du système de droit d'auteur anglo-saxon. Or nous savons tous que le droit d'auteur est marqué

¹¹⁹ LUNNEY, G. S., « The death of copyright : digital technology, private copying, and the digital millennium copyright act », 87 *Va. L. Rev.*, September 2001, p. 813 et s.

¹²⁰ La polémique s'est vite emparée de la doctrine à ce sujet. Pour plus de précisions, voy. par exemple DUSOLLIER, S., et STROWEL, A., « La protection légale des systèmes techniques – Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative », *Propriétés Intellectuelles*, octobre 2001, n°1, pp. 10-27; KOELMAN, K., « Bescherming van technische voorzieningen », *A.M.I.*, 2001, p. 16-27 et « De derde laag : bescherming van technische voorzieningen », *A&M*, p. 82-89

par le principe de territorialité et que chaque pays organise la matière comme il l'entend pourvu que les principes prévus dans les traités internationaux soient respectés. Or ces derniers sont loin d'opérer une harmonisation mondiale complète. Mais il nous semble que si la GPL était révisée de façon à prendre davantage en compte les systèmes de droit d'auteur tels que prévus dans nos pays, elle pourrait également y devenir l'incarnation de la liberté des œuvres informatiques.

Le droit d'auteur tel que nous le concevons en Europe - peut-être avec quelques adaptations mineures en matière de règles contractuelles ou, du moins, grâce à une interprétation plus souple des règles actuelles - semble donc pouvoir se prêter au jeu du copyleft, à condition que celui-ci et ses contrats s'adaptent également en conséquence.

Le mouvement du logiciel libre a ouvert le pas à un mouvement beaucoup plus large : celui des licences de contenu libre¹²¹. Des groupes de musiques commencent à distribuer leurs œuvres sous licence « art libre »¹²², permettant ainsi à chacun de pouvoir reprendre et modifier ces morceaux. L'idée de liberté des œuvres s'étend donc à l'ensemble des œuvres protégées par le droit d'auteur. Le « libre » n'a de cesse d'évoluer.

Le problème majeur du « libre » ne réside pas tant dans les principes du droit d'auteur que dans ceux du brevet. La brevetabilité des logiciels, déjà bien implantée aux USA et encore actuellement sujette à polémique en Europe, met le mouvement libre à mal. Mais ce dernier ne se laissera pas faire... Depuis quelque temps déjà, Stallman et sa Free Software Foundation luttent corps et âme contre ce fléau menaçant l'entière de leur entreprise. Le combat entre le « libre » et le « propriétaire » s'est donc déplacé sur un autre champ de bataille... Mais ceci est une autre histoire.

¹²¹ CLEMENT-FONTAINE, M., « Les licences de contenu libre », Alcôve-ERCIM, <http://libre.enst-bretagne.fr/LibreEtVieLocale/pub/fichesActivite/resuConfMClement.html> (23 juillet 2003). Une liste de licences de contenu libre est disponible sur le site <http://www.artlibre.org> (23 juillet 2003).

¹²² BAILLY, Y., « Un groupe de musique met gratuitement ses morceaux en ligne sous 'licence art libre' », 20 juin 2002, <http://www.droit-technologie.org/> (27 juillet 2003).

Bibliographie

- BAILLY, Y., « Un groupe de musique met gratuitement ses morceaux en ligne sous ‘licence art libre’ », 20 juin 2002, <http://www.droit-technologie.org/> (27 juillet 2003).
- BAILLY, Y., « La protection juridique des logiciels libres », <http://www.droit-technologie.org/> (27 juillet 2003).
- BALABAN, D., “The Battle of the Music Industry: The Distribution of Audio and Video Works via the Internet, Music and More”, *12 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 235, fall 2001.
- BERENBOOM, A., *Le nouveau Droit d’Auteur et les droits voisins*, Bruxelles, Larcier, 1997.
- BERNT HUGENHOLTZ, P., “Caching and Copyright : The Right of Temporary Copying”, *E.I.P.R.*, 2000, p. 482 et s.
- BOND, R., *E-licences and Software Contracts, Law, Practice and Precedents*, London, Butterworths, 2002.
- CAMPBELL, A., « Supply of Software : Copyright and Contract issues », *International Journal of Law and Information Technology*, 2002, Vol. 10, n°1, p. 28 et s.
- CHRISTIE, A., “Reconceptualising Copyright in the Digital Era”, *E.I.P.R.*, 1995, p. 522 et s.
- CLEMENT-FONTAINE, M., *La licence publique générale GNU*, mémoire de DEA Droit des Créations Immatérielles, année 1998-1999, <http://www.juriscom.net/uni/mem/08/log01.pdf> (23 juillet 2003).
- CLEMENT-FONTAINE, M., « Copyleft/Open Source, Logiciel libre/Contenu libre : du pareil au même ? », 26 septembre 2002, http://www.boson2x.org/article.php3?id_article=49 (23 juillet 2003).
- CLEMENT-FONTAINE, M., « Les licences de contenu libre », Alcôve-ERICM, <http://libre.enst-bretagne.fr/LibreEtVieLocale/pub/fichesActivite/resuConfMClement.html>. (23 juillet 2003).
- CLAPES, A.L., *Softwars : The legal battles for control of the global software industry*, London, Quorum Books, 1993.
- COIPEL, M., et POULLET, Y., “Introduction aux concepts juridiques”, *Le droit des contrats informatiques*, Bruxelles, Larcier, 1983, p. 31.
- CRUQUENAIRE, A., « La loi applicable au droit d’auteur : état de la question et perspectives », *A&M*, 2000, p. 210 et s.
- DEGOY-VACHER, F., « De la subtile distinction œuvre collective/œuvre de collaboration », <http://www.lettresdudroit.com/article.list/de-la-subtile-distinction-oeuvre-collective/-oeuvre-de-coll.htm> (5 août 2003).
- DE KEERSMAEKER, Ch., “Muziek op het Internet : auteurs - en naburige rechten op het spel ?”, *A&M*, 2001, p. 96 et s.
- DE VISSHER, F. et MICHAUX, B., *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 214 et s.
- DURELL, K.L., “Intellectual Property Protection for Computer Software : How Much and What Form is Effective ?”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol 8, n°3, p. 231 et s.
- FUENTES CAMACHO, T., et DE PADIRAC, B., « Les logiciels « libres » : plus de démocratie ou d’argent dans la société de l’information ? », *Droit de l’informatique et des télécoms*, 1998, n°4, p.18 et s.

- GIROT, C., « La validité des licences de logiciel sous plastique en droit français : les enseignements du droit comparé », *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998/1, p. 7 et s.
- GOBERT, D., et MONTERO, E., « Les obligations de conformité et de garantie de vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Revue Ubiquité – droit des technologies de l'information*, n°11, janvier 2002, p. 9 et s.
- GOMULKIEWICZ, R.W., “How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B”, *Houston Law Review*, spring 1999, p.179 et s.
- GOMULKIEWICZ, R.W., “De-bugging open source software licencing”, *University of Pittsburgh Review*, fall 2002, p.75 et s.
- GOTZEN, F., *Auteursrecht*, Syllabus voortgezette academische opleiding intellectuele rechten, année 2002-2003.
- GROENENBOOM, M.M., « Softwares licenties : van closed source tot open source », *Computerrecht 2002/01*, p. 21 et s.
- GUILLEUX, G.A., « Freeware, shareware, crippleware : présentation et classification des logiciels en libre copie », *Droit de l'informatique et des télécoms*, n°1, 1997, p.12 et s.
- HORNE, N.T., “Open Source Software Licensing : using copyright law to encourage free use”, *Georgia State University Law Review*, spring 2001, p.863 et s.
- KOELMAN, K.J., “Terug naar de bron : open source en copyleft”, *Informatierecht/AMI* 2000-8, p. 149-155.
- LAMBERT, P., “Copyleft, Copyright and Software IPRs: is Contract Still King?”, *E.I.P.R.*, 2001, p. 165.
- LE BARS, *Le logiciel libre : un défi aux éditeurs propriétaires*, septembre 2002, <http://www.alcove.com>, (15 juillet 2003).
- LERICHE, S., « Le logiciel et la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *droit de l'informatique et des télécoms*, 1999/3, p. 31 et s.
- LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris, Litec, 1998.
- METZGER, A., et JAEGER, T., « Open Source Software and German Copyright Law », *I.I.C.*, vol. 32, 2001/1, p. 58 et s.
- MILLER, “Allchin’s folly : exploding some of the myth about open source software”, *Cardozo Art and Entertainment Law Journal*, 2002, p.491 et s.
- MOGLEN, E., “Anarchism Triumphant : Free Softwares and the Death of Copyright”, http://emoglen.law.columbia.edu/my_pubs/anarchism.html (15 juillet 2003).
- NADAN, Ch.H., “Open Source Licensing : virus or virtue?”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, spring 2002, p. 349 et s.
- PITEGOFF, T.M., “Open Source, Open World,, *Business Law Today*, Septembre/Octobre 2001, p. 52 et s.
- RAFECAS M., “L’étendue du monopole du droit d’auteur dans l’environnement numérique ou la nouvelle approche technique et économique du droit d’auteur dans la directive européenne du 22 mai 2001”, Septembre 2001, <http://www.legalbiznext.com>, (section « mémoires ») (juillet 2002).
- RAYMOND, E.S., *The Cathedral and the Bazaar*, 1998, http://www.linux-france.org/article/these/cathedrale-bazar/cathedrale-bazar_monoblock.html (5 août 2003).
- RAYNARD, J., *Droit d'auteur et conflits de lois*, Paris, Litec, collection Bibliothèque de Droit de l'Entreprise, 1990.

- ROJINSKY, C., et GRYNBAUM, V., « Le libre mérite mieux que ces licences approximatives », 6 octobre 2002, http://www.linuxfrench.net/article.php3?id_article=1043 (15 juillet 2003).
- ROJINSKY, C., et GRYNBAUM, V., « Les licences libres et le droit français », *propriété intellectuelle*, juillet 2002, p. 29 et s.
- SAMUELSON, P., « Mapping the digital public domain : threats and opportunities », *Law and Contemporary Problems*, winter/spring 2003, p.148 et s.
- SEDAILLAN, V., « Garanties et responsabilités dans les logiciels libres », <http://www.internet-juridique.net> (16 août 2003), p. 9.
- SLAGER, J., BUTH, A.H., CORDEMEYER, B.A.M, et HERMANS, T.J., *Werken met source code escrow*, Antwerpen, Kluwer, 1990.
- SOUFFRON, J.-B., « La Licence Publique Générale : un système original de protection juridique pour les créations issues des systèmes de développement coopératifs », <http://www.soufron.free.fr/files/gpl.html> (15 juillet 2003)
- STALLMAN, R., "Logiciels libres : quelles conséquences pour l'avenir?", Congrès INFOéthique 98 organisé par l'UNESCO à Monaco du 1^{er} au 3 oct. 1998, http://www.unesco.org/webworld/infoethics_2/eng/summaries.htm#2 (15 juillet 2003)
- STERN, R.H., "United States: computers – Browse wrap licensing not valid", *E.I.P.R.*, 2001, p. N155 et s.
- STROWEL, A., et DERCLAYE, E., *Droit d'auteur et numérique : logiciels bases de données, multimédia*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- THOLE, E.P.M., *Software, een 'novum' in het vermogensrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p.155 et s., 195 et s.
- TRIAILLE, J.-P., « La protection des logiciels en Belgique », in *L'informatique et le droit d'auteur*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, p. 102.
- VERBIEST, Th., et WERY, E., « Les copies provisoires, techniques confrontées au droit de reproduction », *Les nouvelles frontières du droit d'auteur, Legicom*, N°25, 2001/2, p. 87 et s.
- WASHA, J. B., « Open Source, Free Software, and the General Public Licence », *The Computer & Internet Lawyer*, Mars 2003, n°3, p.20 et s.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Alain Strowel, professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, et chargé de cours à l'Université de Liège et à la Katholiek Universiteit Brussel-Leuven, pour la promotion de ce mémoire et ses conseils avisés.

Merci à Frédéric Burlet, titulaire d'une maîtrise en informatique et président du Namur LUG (Linux User Group), pour nos longs débats au sujet des droits intellectuels appliqués à l'informatique, sans lesquels ce mémoire n'aurait pas vu le jour.

Merci à Lionel Warrant, ingénieur en mathématiques appliquées et consultant en télécommunications, pour ses explications techniques éclairantes.

ANNEXE : General Public Licence

Voici les termes de la licence GPL, 2^{ème} version de juin 1991, telle que l'on peut la trouver sur le site officiel GNU : <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html> (dernière modification le 26 mai 2003) (dernière visite le 15 juillet 2003).

GNU GENERAL PUBLIC LICENSE <gpl.html>

Version 2, June 1991

Copyright (C) 1989, 1991 Free Software Foundation, Inc.

59 Temple Place - Suite 330, Boston, MA 02111-1307, USA

Everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this license document, but changing it is not allowed.

Preamble <gpl.html>

The licenses for most software are designed to take away your freedom to share and change it. By contrast, the GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change free software--to make sure the software is free for all its users. This General Public License applies to most of the Free Software Foundation's software and to any other program whose authors commit to using it. (Some other Free Software Foundation software is covered by the GNU Library General Public License instead.) You can apply it to your programs, too.

When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for this service if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs; and that you know you can do these things.

To protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to ask you to surrender the rights. These restrictions translate to certain responsibilities for you if you distribute copies of the software, or if you modify it.

For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must give the recipients all the rights that you have. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. And you must show them these terms so they know their rights.

We protect your rights with two steps: (1) copyright the software, and (2) offer you this license which gives you legal permission to copy, distribute and/or modify the software.

Also, for each author's protection and ours, we want to make certain that everyone understands that there is no warranty for this free software. If the software is modified by someone else and passed on, we want its recipients to know that what they have is not the original, so that any problems introduced by others will not reflect on the original authors' reputations.

Finally, any free program is threatened constantly by software patents. We wish to avoid the danger that redistributors of a free program will individually obtain patent licenses, in effect

making the program proprietary. To prevent this, we have made it clear that any patent must be licensed for everyone's free use or not licensed at all.

The precise terms and conditions for copying, distribution and modification follow.

TERMS AND CONDITIONS FOR COPYING, DISTRIBUTION AND MODIFICATION <gpl.html>

0. This License applies to any program or other work which contains a notice placed by the copyright holder saying it may be distributed under the terms of this General Public License. The "Program", below, refers to any such program or work, and a "work based on the Program" means either the Program or any derivative work under copyright law: that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated into another language. (Hereinafter, translation is included without limitation in the term "modification".) Each licensee is addressed as "you".

Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope. The act of running the Program is not restricted, and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program). Whether that is true depends on what the Program does.

1. You may copy and distribute verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice and disclaimer of warranty; keep intact all the notices that refer to this License and to the absence of any warranty; and give any other recipients of the Program a copy of this License along with the Program.

You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee.

2. You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

- **a)** You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.
- **b)** You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.
- **c)** If the modified program normally reads commands interactively when run, you must cause it, when started running for such interactive use in the most ordinary way, to print or display an announcement including an appropriate copyright notice and a notice that there is no warranty (or else, saying that you provide a warranty) and that users may redistribute the program under these conditions, and telling the user how to view a copy of this License. (Exception: if the Program itself is interactive but does not normally print such an announcement, your work based on the Program is not required to print an announcement.)

These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the

terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it.

Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program.

In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.

3. You may copy and distribute the Program (or a work based on it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you also do one of the following:

- **a)** Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,
- **b)** Accompany it with a written offer, valid for at least three years, to give any third party, for a charge no more than your cost of physically performing source distribution, a complete machine-readable copy of the corresponding source code, to be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,
- **c)** Accompany it with the information you received as to the offer to distribute corresponding source code. (This alternative is allowed only for noncommercial distribution and only if you received the program in object code or executable form with such an offer, in accord with Subsection b above.)

The source code for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. For an executable work, complete source code means all the source code for all modules it contains, plus any associated interface definition files, plus the scripts used to control compilation and installation of the executable. However, as a special exception, the source code distributed need not include anything that is normally distributed (in either source or binary form) with the major components (compiler, kernel, and so on) of the operating system on which the executable runs, unless that component itself accompanies the executable.

If distribution of executable or object code is made by offering access to copy from a designated place, then offering equivalent access to copy the source code from the same place counts as distribution of the source code, even though third parties are not compelled to copy the source along with the object code.

4. You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License.

However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.

5. You are not required to accept this License, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Program or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this License. Therefore, by modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it.

6. Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this License.

7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program.

If any portion of this section is held invalid or unenforceable under any particular circumstance, the balance of the section is intended to apply and the section as a whole is intended to apply in other circumstances.

It is not the purpose of this section to induce you to infringe any patents or other property right claims or to contest validity of any such claims; this section has the sole purpose of protecting the integrity of the free software distribution system, which is implemented by public license practices. Many people have made generous contributions to the wide range of software distributed through that system in reliance on consistent application of that system; it is up to the author/donor to decide if he or she is willing to distribute software through any other system and a licensee cannot impose that choice.

This section is intended to make thoroughly clear what is believed to be a consequence of the rest of this License.

8. If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License.

9. The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies a version number of this License which applies to it and "any later version", you have the option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of this License, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

10. If you wish to incorporate parts of the Program into other free programs whose distribution conditions are different, write to the author to ask for permission. For software which is copyrighted by the Free Software Foundation, write to the Free Software Foundation; we sometimes make exceptions for this. Our decision will be guided by the two goals of preserving the free status of all derivatives of our free software and of promoting the sharing and reuse of software generally.

NO WARRANTY

11. BECAUSE THE PROGRAM IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM "AS IS" WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

12. IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

END OF TERMS AND CONDITIONS